



Universidad  
de Alcalá

**LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON  
VIH EN EL ÁMBITO SANITARIO.**

**ESTUDIO DE LOS CASOS DE LA CLÍNICA  
LEGAL**

**THE RIGHTS OF PEOPLE WITH HIV IN THE  
SANITARY FIELD.**

**STUDY OF CASES OF THE LEGAL CLINIC**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor: D. RAÚL VADILLO MARTÍNEZ

Tutor: D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 7 de marzo de 2021

**UAH**

**LOS DERECHOS DE LAS  
PERSONAS CON VIH EN EL  
ÁMBITO SANITARIO.**

**ESTUDIO DE LOS CASOS DE LA  
CLÍNICA LEGAL.**

**THE RIGHTS OF PEOPLE WITH HIV  
IN THE SANITARY FIELD.**

**STUDY OF CASES OF THE LEGAL  
CLINIC.**

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor: D. RAÚL VADILLO MARTÍNEZ

Tutor: D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 7 de marzo de 2021

## ÍNDICE

RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE .....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
MARCO TEÓRICO .....	5
CAPÍTULO I. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	6
1.1 Marco Jurídico General Actual: .....	6
1.2 Concepto Jurídico de Igualdad:.....	7
1.3 Concepto de discriminación y prohibición de discriminación: .....	13
1.3.1 Igualdad material y Derecho antidiscriminatorio .....	¡Error! Marcador no definido.
1.3.2 Discriminación de las personas con VIH .....	17
PROFESIONALES SANITARIOS Y VIH.....	27
CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO PROFESIONALES SANITARIOS.....	28
2.1 Derecho a la libre elección de profesión u oficio.....	28
2.2 Régimen jurídico de las relaciones laborales .....	30
2.2.1 Trabajadores que rigen sus relaciones laborales por el Estatuto de los Trabajadores .....	30
2.2.2 Trabajadores que rigen sus relaciones laborales por el Estatuto Básico del Empleado Público.....	31
2.3 Normativa reguladora de las profesiones sanitarias .....	39
CAPÍTULO III. EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS CON VIH: LIMITACIÓN DE DERECHOS Y DISCRIMINACIÓN.....	45
3.1 Exposición de la problemática .....	45
3.2 Análisis del art.22 LPRL .....	50
3.3 Límites a la actividad de los profesionales sanitarios .....	53
3.4 Necesidad de una nueva respuesta normativa.....	59
CASOS ANALIZADOS EN LA CLÍNICA LEGAL.....	62
CAPÍTULO IV. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS EN LOS USUARIOS DE LA CLÍNICA LEGAL .....	63
4.1 Derecho a la intimidad personal .....	63
4.2 Derecho a la educación de profesiones sanitarias en personas con VIH.....	72
4.3 Límites en el ejercicio del derecho al trabajo en profesionales sanitarios que realizan procedimientos con alto grado de intervención .....	76
CONCLUSIONES AL TFM .....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	86
ANEXO DE LEGISLACIÓN.....	91
ANEXO DE JURISPRUDENCIA .....	94

*“Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”*

*Albert Einstein*

# **LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON VIH EN EL ÁMBITO SANITARIO.**

## **ESTUDIO DE LOS CASOS DE LA CLÍNICA LEGAL**

**RAÚL VADILLO MARTÍNEZ**

### **RESUMEN**

El presente Trabajo de Final de Máster tiene por objeto el análisis de los derechos de las personas con VIH. En particular, hablaremos sobre los derechos de los profesionales sanitarios que tienen esta enfermedad crónica, así como las limitaciones que en el ejercicio de los mismos pueden sufrir. Para ello se analizará el concepto jurídico de igualdad, prohibición de discriminación y limitación de derechos; estableciendo cual es la delimitación legal y jurisprudencial que permite discernir entre una limitación de derechos justificable y una verdadera discriminación hacia un colectivo concreto en el ejercicio legítimo de los mismos. Todo lo estudiado se pondrá en práctica con la respuesta a casos concretos formulados por usuarios de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos fundamentales, enfermedad crónica, VIH, igualdad, limitación de derechos, discriminación, transmisión iatrogénica.

# **THE RIGHTS OF PEOPLE WITH HIV IN THE SANITARY FIELD.**

## **STUDY OF CASES OF THE LEGAL CLINIC**

### **ABSTRACT**

This Final Master Project has the aim of analyzing the rights of people who has been infected with HIV. Particularly, we will talk about the rights that health professionals who has this cronic disease has, as well as the limitations in those rights that this condition may cause when they are working. In order to do this, it is going to be analyzed the legal concept of equality, prohibition of discrimination and right limitation; setting which one is a legal and jurisprudential delimitation that can make the difference between a justifiable right limitation and a real discrimination towards a concrete collective in the legitimate exercise of these rights. All what is discussed in this paper willl also be put into practice by answering concrete cases formulated by the Legal Clinic of the Univesity of Alcalá users.

### **KEY WORDS**

Fundamental rights, cronic desease, HIV, equality, right limitaion, discrimination, iatrogenic transmission.

## INTRODUCCIÓN

Una vez finalizados mis estudios de Grado en Derecho por la Universidad de Alcalá, fui consciente de la necesidad de comenzar a ampliar mi formación académica para conseguir orientar mi futuro profesional más próximo hacia una de las decenas (incluso centenares) de salidas profesionales en las que un recién graduado tiene casi la obligación de especializarse si quiere hacerse un hueco en un mercado de trabajo tan competitivo como es el jurídico; habida cuenta de que la sola titulación del Grado e incluso la facultad constante de cambio que tiene el mundo del Derecho, no exime ni mucho menos de la necesidad de ampliar los conocimientos en la materia de elección con el fin de poder diferenciarse del resto de profesionales y definir tu propio futuro laboral.

Por esta razón, teniendo en cuenta que desde que comencé los estudios en Derecho me sentí atraído, incluso fascinado, por la utilidad que el Derecho tiene como herramienta para ayudar a los demás, decidí realizar el Máster de Acceso a la Abogacía. Si bien, a lo largo de la realización del mismo, tuve la oportunidad de poder cumplir con otro de mis propósitos que ya como estudiante de grado tenía, y era el de poder poner en práctica esta herramienta que es el Derecho, enfocado a la función social perseguida por el mismo.

Así, decidí ingresar como voluntario en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, a la que en cierto modo quiero dedicar el presente trabajo; pues gracias a la función que en ella se realiza pude comprobar de primera mano que mis conocimientos en Derecho podían servir de aliento a personas en verdaderas situaciones de incertidumbre y necesidad ante las vulneraciones sufridas en sus Derechos más elementales que como personas poseen. Pudiendo corroborar de esta manera la gran importancia que el Derecho tiene en la protección social de los derechos de determinados colectivos.

En este caso, fui consciente de la existencia de un colectivo concreto que por razón de su condición serológica (VIH +) sufría una serie de limitaciones en sus derechos que les impedía ejercitar los mismos conforme a los valores y principios fundamentales que tanto la legislación nacional como internacional promulgan y conceden por el mero hecho de ser humano, llegando a generar verdaderas situaciones de discriminación.

La alarma social generada por la transmisión iatrogénica, o lo que es igual, la transmisión del VIH de profesionales sanitarios a pacientes, me llamó enormemente la atención, puesto que a raíz de las consultas que nos hacían llegar los usuarios de la Clínica Legal,

pude apreciar que incluso aún en pleno Siglo XXI, la persistencia de determinados comportamientos tanto sociales como institucionales, llegaban a promover determinadas situaciones que generaban una verdadera vulneración de derechos en personas por razón de una enfermedad crónica.

Fundado todo ello en el hipotético riesgo de transmisión iatrogénica, el autor de este trabajo tratará de dar una respuesta jurídica a si la limitación de los derechos de los profesionales sanitarios en el ejercicio de su profesión se encuentra debidamente justificado bajo el pretexto de la protección de la salud de terceros o si por el contrario constituyen medidas desproporcionadas que puedan llegar a suponer verdaderas situaciones de discriminación hacia un colectivo estigmatizado por razón de una enfermedad crónica.

Para ello se comenzará analizando el marco jurídico-teórico de algunos conceptos básicos protagonistas de este trabajo como son: El Estado Social y Democrático de Derecho, la igualdad y la discriminación, así como sus tipos y la persecución llevada a cabo por parte de la normativa de Derecho antidiscriminatorio aplicado al ámbito general de las personas que sufren una enfermedad crónica como es el VIH.

Posteriormente se estudiará la casuística concreta objeto del presente TFM, y es el régimen jurídico concreto de los profesionales sanitarios (en cuanto a sus derechos y obligaciones) así como las limitaciones que en el ejercicio de su profesión pueden sufrir. Estableciendo de esta manera cuáles son los factores que la normativa actual fija como determinantes a la hora de limitar determinados derechos en el ejercicio de la profesión de estos profesionales sanitarios con VIH y si dichas limitaciones pueden producir situaciones discriminatorias.

Por último se llevará a cabo un análisis de las diversas consultas en las que dicho autor ha tenido la oportunidad de participar, realizadas por los usuarios de la Clínica Legal, en las que se analizará bajo la perspectiva de todo lo estudiado con anterioridad, si pueden llegar a verse afectados determinados derechos fundamentales en personas que tiene una enfermedad crónica como es el VIH y cómo puede afectarles en el desempeño de su profesión en el ámbito sanitario.



## **MARCO TEÓRICO**

En este apartado se tratará de analizar desde una perspectiva jurídico-teórica los conceptos básicos que inspiran los valores promulgados por la Constitución y el resto de las normas que conforman nuestro estado de Derecho, haciendo una comparación entre las situaciones expuestas y las sufridas por las personas con VIH.

## CAPÍTULO I. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La primera parte del presente Trabajo de Fin de Máster trata sobre las principales manifestaciones jurídicas y principios fundamentales promulgados por nuestra constitución como parte fundamental del estado social de Derecho. Así, haremos referencia a la importancia que nuestra *carta magna* tiene como pieza clave en el ordenamiento jurídico español, mostrando las principales manifestaciones jurídicas que, por razón del tema tratado en este trabajo, más repercuten en las personas con VIH. Así, se estudiará la definición que la jurisprudencia ha realizado sobre lo que se considera estado social de Derecho y la intervención que el Estado hace en el mismo; se hablará sobre qué se entiende jurisprudencialmente por igualdad (tanto en la ley como ante la ley, o lo que es lo mismo, igualdad formal y material) así como sus límites y el concepto jurídico de discriminación y sus tipos.

Todo lo analizo con posterioridad nos ayudará a sentar la base para evidenciar si se cumple con el espíritu de tales disposiciones normativas en su aplicación hacia un determinado colectivo de la sociedad, las personas con enfermedades crónicas, concretamente las personas con VIH; lo cual podremos comprobar en el análisis práctico de las consultas realizadas en el ámbito de la Clínica Legal que se tratará en la correspondiente parte práctica del presente trabajo.

### **Marco Jurídico General Actual:**

Debemos partir de la base de que la Constitución Española (en adelante C.E) se constituye como la norma<sup>1</sup> suprema de nuestro ordenamiento jurídico, siendo su máximo intérprete el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Así pues, cobra una especial importancia la interpretación que de sus preceptos hace este último, generando un rico contenido en jurisprudencia que rige con imperativa aplicación y vinculación para los ciudadanos y los poderes públicos, tal y como se deduce de su art.9.1 C.E: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

---

<sup>1</sup> El Tribunal Constitucional viene reiterando el carácter normativo e imperativo de la Constitución en múltiples sentencias tales como: STC 4/1981, de 2 de febrero. FJ I; STC 15/1982. de 23 de abril. FJ 8; STC 16/1982. de 28 de abril. FJ I; STC 77/1982. de 20 de diciembre. FJ I y 2; STC 80/1982. de 20 de diciembre. FJ 1.; STC 7/1983. de 14 de febrero, FJ Tercero Y STC 15/1983, en identidad de resultado.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 16/1982, de 28 de abril de 1982, FJ 4 cuando dice *“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales”* y STC 15/1982, de 23 de abril de 1982, FJ 8 *“Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”*.

Una vez establecida la importancia que la *carta magna* tiene en nuestro ordenamiento jurídico al ser de vinculada obligación y cumplimiento los preceptos en ella expuestos, cabe hacer referencia a que esta se basa en una serie de principios que tal y como dice la STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981, FJ 1. *“Pues bien, entendernos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo I.”, 4. del título preliminar del Código Civil que debe ser así interpretado de acuerdo con los mismos”*. Es decir, la norma suprema del ordenamiento jurídico español se constituye en una serie de principios bajo los cuales se deben desarrollar el resto de los elementos jurídicos como las leyes que desarrollan la constitución, no pudiendo contrariarlos. Siendo así, que cualquier ley contraria a los principios y valores expuestos en la constitución será declarada inconstitucional y por tanto nula de pleno Derecho. Así, destacan especialmente una serie de principios jurídicos y valores contenidos en la constitución tales como: el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, que serán desarrollados en el siguiente apartado.

## **1.2 Concepto Jurídico de Igualdad:**

Antes de comenzar a hablar sobre discriminación, tipos y manifestaciones, así como sus consecuencias en los colectivos sobre los que recae (las personas con enfermedades crónicas como el VIH), será necesario saber qué entiende nuestro ordenamiento jurídico sobre el concepto de igualdad.

Para aproximarnos a esto, tomaré como referencia una primera definición llevada a cabo por Alfredo Montoya Melgar y Sánchez-Urán Azaña.<sup>2</sup> Según estos autores, la igualdad encuentra su fundamento en “*el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo –dignidad que es innata a la persona e inalterable por razón de las circunstancias–, lo cual se traduce en la afirmación de una serie de derechos fundamentales inviolables y en la asignación al poder político de la función de garantizarlos y de facilitar su ejercicio*”. Entienden estos autores, por tanto, que el concepto de igualdad comprende tres dimensiones, a saber:

Como principio de igualdad, por el que se ofrece una garantía constitucional a través de la cual se dispense un trato igual y no discriminatorio a las personas por parte de los poderes públicos. Como derecho fundamental, perteneciente a cada individuo de manera particular y que debe de ser protegido.

Por último, desde el punto de vista funcional, podemos encontrar dos dimensiones de la igualdad: la primera es más formal o jurídica (igualdad formal, ante la ley del art.14 C.E), mientras que la segunda consiste en la búsqueda de la igualdad efectiva, real, entre los individuos, a través de la mejora de las condiciones de los colectivos que históricamente han resultado desfavorecidos o estigmatizados<sup>3</sup> (igualdad material, en la ley del art. 9.2 C.E).

La autora Elena García-Cuevas Roque,<sup>4</sup> establece una distinción entre la igualdad formal y la igualdad material: “*La primera, típicamente liberal, se podría corresponder con el art. 14 CE, como garantía de generalidad y regularidad inmanente al propio ordenamiento jurídico; la segunda, ... hace referencia a la igualdad de las condiciones materiales, esto es, de bienes y recursos, pudiendo corresponderse con el art. 9,2 CE, como objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico y social. Ambos preceptos han plasmado dos ideas muy distintas de la igualdad que incluso podrían llegar a contraponerse*”.

---

<sup>2</sup> Montoya Melgar, A. Y Sánchez-Urán Azaña, E., “*La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*”, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 1-10.

<sup>3</sup> Concepto originario de la sociología, pudiéndose definir como aquella característica o atributo que hace que el individuo que lo porta sea considerado como parte de un grupo inferior, inaceptable o negativo por parte de la sociedad. En el caso de las personas con VIH, la alarma social generada por el desconocimiento en las probabilidades de transmisión, originan estos estigmas en las personas que tienen la enfermedad, teniendo que enfrentarse en no pocas ocasiones a situaciones discriminatorias.

<sup>4</sup> García-Cuevas Roque, E., “*La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación*”, Revista de Derecho UNED, núm.16, 2015, pp.251-252.

Si bien, como la propia autora dice, la distinción entre ambos conceptos de igualdad se llega a comprender de una manera más clara con la STC 19/1982, de 5 de mayo de 1982, FJ 5: *“El Alto Tribunal considera que en la determinación de qué debe entenderse por desigualdad que entrañe discriminación, la propia Constitución obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista: el contenido de la igualdad como valor establecido en el art. 1.1 no es otro que los tipos de igualdad exigidos por la libertad en un Estado social y democrático de Derecho; que los criterios de aplicación de la igualdad son los establecidos en el art. 14 y que el art. 9,2 no se refiere tan sólo a la igualdad material sino que establece un criterio de relevancia. Cuando se habla de obtener una igualdad material no se trata de obtenerla en cuanto bienes económicos, sino de obtener una libertad e igualdad reales y efectivas, lo que se consigue tanto mediante la igualdad formal (que es real y efectiva) como mediante la igualdad material. El art. 9,2 «puede actuar como principio matizador de la igualdad formal consagrado en el art. 14, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material» (STC 98/1985, de 29 de julio)”*.

Por tanto, en base a los preceptos constitucionales 1.1 (igualdad como valor general), 9.2 (responsabilidad de los poderes públicos de hacer real y efectiva la igualdad) y 14 (principio y derecho a la igualdad de trato, derecho fundamental); el Tribunal Constitucional, explica la imposibilidad de que se puedan dispensar tratos desiguales o discriminatorios tanto en el contenido de una norma como en su aplicación. Así, en la STC 144/1988, de 12 de julio de 1988, FJ 4,<sup>5</sup> el tribunal explica la igualdad ante la ley de modo que se aplique por igual a quienes se encuentren en la misma situación *“sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”*. Prosigue esta sentencia, en relación con la igualdad en la ley, prohibiendo al legislador *“...configurar los supuestos de hecho de la norma de modo que se dé trato distinto a personas...”* que están en la misma situación, no pudiendo otorgarse *“relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no*

---

<sup>5</sup> De un modo mucho más restrictivo entiende el TC por la igualdad del art.14 C.E: *“La igualdad ante la ley que consagra el art. 14 de nuestra Constitución exige, como ya se ha dicho, que ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimiento en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración de sus personas. Esta afirmación es válida sea cual fuere el órgano (administrativo o judicial) que aplica la Ley de modo que, sin duda, infringiría el mandato del art. 14 de nuestra Constitución, el órgano judicial que tomara en consideración para aplicar con mayor o menor rigor un determinado precepto legal, las circunstancias personales o sociales de quienes son parte en el proceso y siempre, claro está, que tales circunstancias no sean en sí mismas relevantes de acuerdo con las propias normas que el Juez ha de aplicar”*.

*guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.*

Estableciendo claramente así en su STC 103/1983, de 22 de noviembre de 1983, FJ 5: *“Como ha dicho con reiteración este Tribunal, el artículo 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de <<igualdad ante la ley>>, ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo en los términos expresados en nuestra STC 76/83, de 5 de agosto (FJ 2.A). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias, y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota. También ha sido dicho que la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hechos sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hechos han de ser así mismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hechos cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falta de un fundamento racional -y sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte dos situaciones consideradas como supuestos de hechos normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional”.*<sup>6</sup>

Es decir, se consideraría discriminatorio llevar a cabo tratos desiguales a personas que se encuentran en la misma situación, diferenciándolas por circunstancias irracionales y prohibidas legalmente, como por ejemplo el sexo<sup>7</sup> o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, en la que perfectamente se podría configurar el estado serológico de una persona con una enfermedad crónica como el VIH.

Así, con base en la dignidad humana de todo ser humano, la Constitución Española en su art. 10.1 C.E otorga una serie de derechos fundamentales, inherentes a la persona por el mero hecho de ser persona. Destacando principalmente, en el caso que nos concierne, el principio de igualdad recogido en el art. 14 CE, que dice: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

---

<sup>6</sup> Sobre esta última cuestión se hará referencia en el apartado siguiente al hablar sobre *“La discriminación por indiferenciación”*.

<sup>7</sup> Así por ejemplo STC 2/1993, de 14 de enero de 1993, FJ 3, afirma qué: *“La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”.*

El deber de promover la igualdad, haciendo que esta sea real y efectiva, corresponde a los poderes públicos (art. 9.2 CE, la igualdad material de la que hablábamos), por lo que nuestras leyes desde el momento en el que se elaboran (art.14 C.E, igualdad formal) como desde el momento en el que se interpretan y se aplican a un caso concreto, deben de estar orientadas a garantizar dicha igualdad (pues esta corresponde a uno de los *valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico* art. 1.1 C.E).<sup>8</sup>

Este deber de promoción por parte de los poderes públicos nace de otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico español y es el Estado Social de Derecho. Conforme a lo expuesto en la síntesis que el Congreso de los Diputados hace sobre el art.1.1 C.E, podemos señalar que: *“Nuestra Constitución toma el concepto de Estado social de la Ley Fundamental de Bonn -que es la primera Constitución que lo consagra-, lo reconoce en el precepto que comentamos y lo describe con mayor detalle en el art. 9”2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Después se desarrolla en todo el texto constitucional, pero especialmente en los Títulos “ (“De los derechos y deberes fundamentales”) y VI“ (“Economía y Hacienda”). Entre los más significativos cabe apuntar la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) y la subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE); la promoción del progreso social y económico y una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40 CE); la promoción de la participación en las empresas y del cooperativismo (art. 129 CE); la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), de los niños (art. 39.4 CE), de los emigrantes (art. 42 CE) o de los disminuidos (art. 49 CE); la protección y tutela de la salud (art. 43 CE), de la cultura y de la investigación científica y técnica (art. 44 CE), el medio ambiente (art. 45 CE), el patrimonio histórico y artístico (art. 46 CE) o el urbanismo (art. 47 CE). Pocas materias o sectores sociales desprotegidos quedan fuera de la acción de los poderes públicos propugnada por nuestra Constitución. Se alza así una nueva dimensión de la función taumatúrgica que el constitucionalismo tuvo para nuestro liberalismo decimonónico desde la Constitución de Cádiz”.*

De esta manera, el estado social de Derecho se configura como un concepto jurídico indeterminado que se desarrolla en base a la jurisprudencia aplicada a los preceptos constitucionales vistos con anterioridad, mostrando así un reflejo de la acción protectora

---

<sup>8</sup> *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.*

de estos hacia aquellos. No obstante, para el autor Javier Pérez Royo:<sup>9</sup> *“Dicha jurisprudencia podría clasificarse en tres apartados. Uno primero, en el que se incluiría la parte más importante de la misma, y en el que se contendrían lo que podríamos llamar referencias positivas del TCE al Estado Social, es decir, en el que se contendría el análisis que hace el TCE de la incidencia que la recepción de la fórmula tiene para el ordenamiento jurídico español en general y para la actuación de los poderes públicos y los ciudadanos en particular. Uno segundo, en el que se contendrían las referencias negativas, entendiendo por tales aquellas en las que el TCE determina qué es lo que no es legítimo deducir de la cláusula del Estado Social o qué es incluso incompatible con la misma. Y, por último, uno tercero, compuesto por una única referencia del TCE, que no es clasificable, en mi opinión, en ninguno de los otros dos, y que, por llamarla de alguna manera, la denomino referencia mixta”*.

Si bien, continúa el autor haciendo referencia a que la jurisprudencia más relevante del TC es aquella: *“que se refiere de manera directa a las relaciones entre el Estado Social y el principio de igualdad o, para decirlo con más exactitud, aquella en la que, a partir de la definición de España como un Estado Social y Democrático de Derecho, el TCE extrae consecuencias importantes para la interpretación del principio de igualdad”*

Señala en este caso la importante STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3,<sup>10</sup> que si bien trata sobre la discriminación por razón de género perfectamente podría ser extrapolada al asunto que aquí tratamos para la discriminación por razón de una enfermedad crónica como es el VIH *“Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entender de que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”*.

---

<sup>9</sup> Pérez Royo, J., *“La doctrina del Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Revista Española de derecho Constitucional, núm.10, Madrid, 1984, pp.172.

<sup>10</sup> Señalando en esta sentencia el TC, al Estado Social como un: *“elemento básico del «mecanismo que se ha de utilizar para restablecer la igualdad» vulnerada y equiparar al personal masculino y femenino de la Seguridad Social en lo que a percepción de horas extraordinarias por trabajo en días festivos se refiere”*.



Por ello, podemos afirmar que el Estado Social de Derecho es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, que en estricta relación con el principio de igualdad es base suficiente para justificar la promoción de determinadas políticas y actuaciones por parte de los poderes públicos para conseguir los propósitos perseguidos de la igualdad ante la ley, (con los límites que este establece al legislador de igualdad formal o en la ley), es decir, una igualdad real y efectiva que consiga equiparar en condiciones de equidad a los colectivos que históricamente han sido discriminados.

### **1.3 Concepto de discriminación y prohibición de discriminación:**

La Real Academia de la Lengua Española, define la discriminación como aquel: *“Trato diferenciado, contrario al principio de igualdad, normalmente perjudicial para el discriminado”*. Esta definición no es para nada desacertada, pues desde un punto de vista jurídico podemos afirmar que el concepto de discriminación deriva precisamente del incumplimiento, bajo determinadas circunstancias que a continuación se detallarán, del principio de igualdad antes analizado, conllevando por ende una vulneración de derechos con el consiguiente perjuicio que ello conlleva a un determinado colectivo. El citado artículo 14 de la C.E hace referencia a una cláusula general de igualdad de todos los españoles (y extranjeros) ante la ley, para posteriormente establecer una clara prohibición de discriminación en determinados supuestos, a saber: *“...por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*<sup>11</sup>. Por ello: *“Implica, no sólo la consagración de un derecho a no ser discriminado sino también un mandato de tutela antidiscriminatoria que la jurisprudencia constitucional ha conectado con el art. 9,2 CE”*. (García-Cuevas Roque, E. 2015: 251-252).

Podemos establecer de esta manera la prohibición de toda clase de discriminación tanto directa o en sentido estricto (susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), como indirecta. Entendiendo por esta última *“una discriminación encubierta, consistente en un tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio,*

---

<sup>11</sup> En este sentido, STC 166/1988, de 26 de septiembre de 1988, FJ.2: *“una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley 14 [...] Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos [nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

*pero del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso”.*<sup>12</sup>

La Directiva 2006/54/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (en adelante Directiva 2006/54/Parlamento Europeo), en su art.2.1 a) y b) entiende por “discriminación directa”: *“la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”* y “discriminación indirecta”: *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*.

Un ejemplo de ambos tipos de discriminación lo podemos encontrar en la extrapolación de estos conceptos a la cuestión de la discriminación por razón de sexo que de ella hace la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH), haciendo referencia tanto a la discriminación directa e indirecta por razón de sexo<sup>13</sup>.

Así, en el caso que nos concierne, una discriminación directa hacia una persona con VIH sería aquella en la que se tuviese en cuenta el estado serológico de una persona (que desde el punto de vista normativo no es relevante) para establecer una diferencia de trato. Ej.: Excluir de un proceso de selección a una persona que opta a un puesto de auxiliar de enfermería por su estado serológico, cuando por razón de su actividad, su condición serológica no tendría que afectar a las funciones que desempeñase.

En cambio, un ejemplo de discriminación indirecta lo podríamos encontrar en la definición de Miguel Ángel Ramiro Avilés cuando dice: *“Por otra parte, estaremos ante*

---

<sup>12</sup> Ridaura Martínez M.<sup>a</sup> J, (2013). Derecho Constitucional. En: Ridaura Martínez M.<sup>a</sup> J, *“El principio y derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 1-18.

<sup>13</sup> Dictando en este sentido sus arts.6.1 y 6.2: *“1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.*

*2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”*.

*una discriminación indirecta cuando se produzca por las consecuencias y efectos de una norma que es aparentemente neutra cuando no se tiene en cuenta una determinada condición relevante desde el punto de vista normativo (como puede llegar a ser el VIH) para dispensar un trato diferenciado”.*<sup>14</sup>

Ej.: Una persona VIH + trabajador de un hospital al que no le permiten realizar las funciones propias de su profesión (volviendo al ejemplo del enfermero, sería una discriminación indirecta el hecho de tener a esta persona alejada de las funciones que le son propias en el desempeño de su profesión sin causa de justificación alguna más allá de su condición serológica).

La Constitución no prohíbe en cambio el tratamiento desigual ante situaciones desiguales, es más *“puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento”* (STC 34/1981, de 10 de noviembre de 1981, FJ.3), no obstante, continúa, *“Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación [...], es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”.*

Así acaba afirmando por medio de STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988, FJ 8 : *“No toda desigualdad de trato es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable”.* Con ello, el Tribunal Constitucional establece una fórmula para determinar si una diferencia de trato es constitucionalmente aceptable o por el contrario resulta discriminatoria, llevando a cabo un “Test de igualdad o proporcionalidad”.<sup>15</sup> Test, definido por la jurisprudencia del TC y del que podemos destacar al tenor de la STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001, FJ.3 las siguientes características:

*“a) la infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.*

---

<sup>14</sup> Ramiro Avilés, M.A. (2010), *“El VIH y el principio de igualdad”*, Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH, A. Garriga y S. Álvarez (dirs.), Madrid: Dykinson, pp. 111-133.

<sup>15</sup> Test definido por la jurisprudencia del TC en múltiples sentencias: SSTC 76/1990, 22/1981, 166/1986, 110/1993...: llegando a afirmar en líneas generales que: *“el principio de igualdad exige también que la diferencia de trato «supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador»”.*

*b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.*

*c) el principio de igualdad prohíbe al legislador sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;*

*d) para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita ha de superar el test de la proporcionalidad evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.*

Se establece, por tanto, una construcción por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional consistente en pasar por este test de proporcionalidad las diferencias de trato que puedan producirse en el ámbito de aplicación de una determinada norma; de tal manera que en caso de no ser proporcional esta medida adoptada al resultado que produce y la finalidad que persigue, se entenderá que está llevando a cabo una discriminación. Como veremos más adelante, será precisamente por medio de este test, en el que se pueda apreciar la diferencia entre una medida justificada y que tenga como consecuencia la limitación de los derechos de una persona y una medida no justificada y por tanto discriminatoria.

### 1.3.1 Igualdad material y derecho antidiscriminatorio

Como se ha podido observar la conducta reprobada por nuestro ordenamiento jurídico es aquella que trata de manera diferente situaciones idénticas sin aportar ningún tipo de justificación o cumplir con el test de proporcionalidad anteriormente expuesto.

Ahora bien, también se ha podido apreciar que con base en el art.9.2 C.E, existe una más que evidente voluntad del legislador impuesta por los valores consagrados en la constitución antes expuestos, de nivelar determinadas situaciones sufridas por colectivos históricamente discriminados y estigmatizados (por ejemplo, por una enfermedad crónica como es el VIH o por razón de sexo, como en el caso de las mujeres) tratando así de encontrar un equilibrio que ayude a superar estas situaciones de desigualdad en pro de la consecución de una igualdad real y efectiva. En este sentido se pronuncia la STC 216/1991, de 14 de noviembre de 1991, FJ.5<sup>16</sup> cuando dice: “La incidencia del mandato

---

<sup>16</sup> En el mismo sentido: SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio, y 28/1992, de 9 de marzo.

*contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.*

Podemos encontrar así suficiente motivación para justificar la existencia de determinadas, **medidas de acción positiva** que no hacen sino impulsar o fomentar la ayuda a personas o colectivos que se encuentran en una situación de desigualdad en el punto de partida, fomentando su participación y acceso a la igualdad.

Así, por ejemplo, queda justificado el complemento retributivo por guarderías a madres trabajadoras *“la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene”* STC 128/1987, de 16 de julio de 1987, FJ 7. Pero también podemos encontrar medidas de **discriminación positiva**.

Como muy acertadamente recoge Elena García-Cuevas Roque *“La clave se encuentra en que, en unos casos se ha considerado que la exigencia de la no discriminación en la igualdad debe referirse al tratamiento igual de situaciones iguales y desigual de situaciones desiguales. En otros, se aceptan diferencias siempre y cuando se impongan «en razón de la capacitación técnica adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y que se establezcan con carácter general». Recuérdese la aserción de Aristóteles «[...] parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad se muestra justa y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales»”.*

### 1.3.2 Discriminación de las personas con VIH

Como hemos podido apreciar, existen determinadas herramientas normativas en el ámbito del derecho antidiscriminatorio que pasan por fomentar o “favorecer” la situación de determinados colectivos que, en el caso que nos ocupa, por razón de su estado de salud, puedan llegar a sufrir determinados actos discriminatorios.

Así, amparado por el art.14 C.E, los poderes públicos, con base en el art.9.2 C.E tienen el deber de promover esta igualdad de la que venimos hablando para que sea real y efectiva.

Debe citarse previamente otro ejemplo de discriminación qué, como veremos con posterioridad, se encuentra íntimamente relacionado con las personas con VIH y la relación que se hace de estas con las personas que padecen discapacidad (con la consiguiente discriminación objeto de análisis posterior).

En este caso, hablamos de la *Discriminación por Asociación*. Según la RAE,<sup>17</sup> la discriminación por asociación sería aquella: “*Situación que se produce cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra, por motivo o por razón de discapacidad*”. Para ayudar a comprender mejor este concepto, haremos referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) STJUE de 17 de julio de 2018, C-303/06.<sup>18</sup> Esta sentencia trata el caso de una mujer, que tras varios años trabajando como secretaria en un despacho de abogados, es despedida. El motivo fue que tras haber mantenido una conversación informal con su jefa con anterioridad al despido, descubre esta última que la trabajadora tiene a su cargo un hijo con discapacidad. Pues bien, el TJUE entiende que se produce una discriminación por asociación a una persona con discapacidad (sin ser tan siquiera la trabajadora discapacitada) puesto que quedó demostrado que el despido de la trabajadora se justificó únicamente en la creencia de que estar al cuidado de un hijo con discapacidad aumentaría su absentismo laboral.<sup>19</sup>

Pues bien, es precisamente el hecho de tratar de impedir que una persona vea limitados injustificadamente sus derechos (sea por asociación a un colectivo estigmatizado, sea de manera directa o indirecta), la que motiva la tendencia normativa hacia la discriminación positiva de los mismos. Discriminación, que como sabemos, pretende equiparar en condiciones de igualdad a colectivos históricamente discriminados para que puedan

---

<sup>17</sup> En el mismo sentido dice el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social “*existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2018, C-303/06, Caso S. Coleman.

<sup>19</sup> Así lo manifiesta el TJUE en la citada sentencia: “*Tal como alegan la Sra. Coleman, los Gobiernos lituano y sueco y la Comisión, tanto los mencionados objetivos como el efecto útil de la Directiva 2000/78 se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado*”.

acceder en igualdad de condiciones y trato al ejercicio de sus derechos en sus múltiples manifestaciones.

Consecuencia directa de estas políticas de aplicación de medidas de acción positiva, es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD).

Esta ley define la discapacidad en su art.2 a) como: *“Una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Esta ley <sup>20</sup> establece una serie de medidas que tienen por objeto el establecimiento de medidas que ayuden a superar los obstáculos a los que se enfrentan este tipo de personas, pudiendo acceder y ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad de igualdad de oportunidades y trato. Así, las personas consideradas como “discapacitadas” por esta ley, reciben un trato de favor o una discriminación positiva en determinados aspectos: laborales, fiscales etc.

El problema de esta ley radica en que se ha obviado de la definición de persona con discapacidad a las personas que sufren una enfermedad crónica. Suponiendo la aplicación general de esta norma, un trato diferenciado hacia el colectivo de personas con VIH, que ven limitados sus derechos puesto que el estigma y los consiguientes prejuicios que tiene la sociedad hacia este colectivo (que considera que por el mero hecho de tener VIH se es un riesgo para los demás o no se pueden ejercer determinadas profesiones) son perfectamente compatibles con las *“barreras que limitan e impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Así, dicha ley al aplicar de manera diferente su ámbito de protección (siendo una norma aparentemente neutra), produce una diferenciación en las personas con VIH a las que les

---

<sup>20</sup> Así, el art.1 a) de la citada ley, establece como objetivos: *“a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”*.

causa un trato desfavorable con el consiguiente perjuicio para quien lo padece.<sup>21</sup> Esto no hace sino discriminar de manera indirecta a las personas con VIH dado que *“El RDL 1/2013..., discrimina a las personas con el VIH en cuanto que no las menciona expresamente como uno de los grupos dentro del colectivo de la discapacidad. Debido a ello no resulta extraño pensar que de esta forma no se quiere visibilizar a un grupo de personas, produciéndose de ese modo un tipo de discriminación indirecta de carácter grupal ya que se discrimina positivamente a un grupo de personas con discapacidad y a otro grupo de personas que podrían estar encuadradas en esa categoría se las excluye con el consiguiente perjuicio para ellas”*<sup>22</sup>

Esto es así, pues: *“No hay que olvidar que se requiere la obtención de la condición de persona con discapacidad tanto para las prestaciones sociales como para las medidas de protección frente a la discriminación. Tampoco olvidemos que la discriminación no se sufre por tener un peor estado de salud sino simplemente por ser seropositivo al VIH”*<sup>23</sup>

Idéntica manifestación de la discriminación indirecta sufrida por las personas con VIH al no ser englobadas dentro del ámbito de protección de la norma aplicable a las personas con discapacidad, es el hecho de tener que acreditar un 33% de grado de discapacidad para poder hacerse beneficiarios de las distintas prestaciones.

Podemos encontrar diferentes grados de discapacidad. Esto se recoge en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. El mismo afirma que: *“El grado de discapacidad a que se hace referencia en los criterios para la asignación de porcentaje, está basado en la repercusión de la patología sobre las actividades de la vida diaria y se clasifica según cinco niveles de gravedad: Nula, Leve, Moderada, Grave y Muy grave”*.

- Nula: Síntomas mínimos, sin que se llegue a dar una no justifican una disminución de la capacidad del sujeto para realizar las Actividades de la Vida Diaria (en adelante A.V.D).
- Leve: Los síntomas justifican alguna limitación, pero son compatibles con las A.V.D.

---

<sup>21</sup> Al contrario que la jurisprudencia del TJUE que en sentencias como STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, y STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15; amplía el concepto de personas con discapacidad hasta incluir a las personas con enfermedad crónica.

<sup>22</sup> Ramiro Avilés, M.A. y Ramírez Carvajal, P., *“Discriminación por Razón del VIH: Los Casos de la Clínica Legal en 2015”*, Proyecto Clínica Legal de CESIDA, 2015.

<sup>23</sup> Ramiro Avilés, M. A, y Ramírez Carvajal, P. *Ibidem*.



- Moderada: Los síntomas o signos causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las A.V.D., siendo independiente en las actividades de autocuidado.
- Grave: Los síntomas o signos causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad del sujeto para realizar la mayoría de las A. V. D., pudiendo estar afectadas algunas de las actividades de autocuidado.
- Muy grave: Los síntomas impiden realizar A.V.D.

Con respecto a qué grado de discapacidad puede optarse en relación al avance de la enfermedad y las secuelas que pueda provocar (es decir, criterios de valoración en infección por VIH, principalmente si es crónico y el alcance de las lesiones causadas), encontramos el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Este, en su anexo 10, establece una relación entre el recuento de linfocitos CD4 positivos (además de otras circunstancias) y el grado de discapacidad que se puede atribuir a una persona en porcentaje, quedando de la siguiente manera:

- Clase 1: 0%. Se trata de pacientes diagnosticados con VIH, cuyo grado de discapacidad es nulo y que pueden o no estar recibiendo tratamiento.
- Clase 2: 1 a 24%. Pacientes diagnosticados con VIH cuyo grado de discapacidad es leve. Se otorga en caso en que se precise de tratamiento continuado y menos de tres episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia, que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada uno o durante menos de 30 días al año.
- Clase 3: 25 a 49%. Pacientes diagnosticados con VIH, cuyo grado de discapacidad es moderado. Se otorga en caso de que el paciente precise de tratamiento continuado y presente de tres a seis episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia. Precizando atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada uno o durante más de 30 días al año.
- Clase 4: 50 a 70%. Pacientes diagnosticados con VIH que precisan de tratamiento continuado y se da una de las siguientes circunstancias: El grado de discapacidad es moderado y presenta más de seis episodios

anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia que precisan atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas o durante más de 60 días al año.

- Clase 5: 75%. Pacientes diagnosticados con VIH que precisen de tratamiento continuado. Su grado de discapacidad tendrá la consideración de muy grave.

Esto supone que una persona con VIH y carga viral indetectable, que no ve afectadas sus funciones de la vida diaria en modo alguno, no pueda acceder a las medidas de acción y discriminación positivas a las que sí podrán acceder las personas que se vean afectadas en ese 33%, cuando, por el contrario, sigue sufriendo las mismas dificultades de acceso a la vida diaria por aquellas barreras impuestas por el estigma y los prejuicios desarrollados por la sociedad ante su enfermedad. Condicionando de esta manera la gravedad de la enfermedad al acceso de las prestaciones y medidas de acción positiva.

Ahora bien, del mismo modo que la aplicación diferente de la LGDPD produce un trato discriminatorio indirecto al tratar de manera diferente a las personas con una enfermedad crónica como es el VIH, debemos tener en cuenta; desde otro punto de vista, el hecho de que el legislador no haya tenido en cuenta un elemento constitucionalmente importante, como es la cronicidad en las personas que padecen esta enfermedad. Elemento suficientemente relevante como para especificar y diferenciar en la propia norma de referencia, amparando a este colectivo con la protección que se viene otorgando por el derecho antidiscriminatorio. Estamos haciendo referencia a la “Discriminación por Indiferenciación”.

En este sentido, es por todos conocidos la ya analizada definición del principio de igualdad, consistente en “tratar igual las situaciones que son iguales”, suponiendo discriminatoria cualquier diferencia de trato que no se encuentre objetivamente justificada y que suponga un perjuicio para quien sufre dicha discriminación.

Ahora bien, el escenario planteado por la discriminación por indiferenciación es el de aquellas situaciones en las que el legislador no ha previsto o no ha tenido en cuenta una circunstancia relevante desde el punto de vista constitucional (como es el principio de igualdad), de manera que el hecho de no tratar diferente a un colectivo que se encuentra en una situación diferente con respecto a otro (en el que la generalidad de la ley les incluye) supone contrariar el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En su obra *“Discriminación por indiferenciación: Estudio y Propuesta”*, el autor Edorta Cobrerros Mendazona estudia este concepto producto manifiesto de una ampliación del principio de igualdad; en este sentido establece que: *“La discriminación por indiferenciación como violación del principio de igualdad ... no sería sino un caso en el que el legislador, por no haber tenido en cuenta una propiedad o especificidad que debería haber considerado en el universo de casos para el que prevé una determinada solución normativa, dispone ésta para excesivos casos, también para supuestos en los que tal solución normativa tenía que haber sido distinta al haber algún elemento que destacaba y hacía necesaria su regulación diferenciada”*. Continúa el autor haciendo referencia a que: *“...hay que precisar que no se está propugnando el establecimiento de diferencias para todo lo diverso (sea lo que fuere), sino sólo para aquellos casos en los que no diferenciar tenga por consecuencia discriminar”*<sup>24</sup>

Concepto el de la discriminación por indiferenciación que fue reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en STEDH (Solicitud nº 34369/97), Caso Thlimmenos c. Grecia, de 16 de abril de 2002.<sup>25</sup>

Contrario a la argumentación expuesta hasta el momento, el Tribunal Constitucional establece en múltiples sentencias<sup>26</sup> la imposibilidad de invocar un derecho al trato desigual en virtud de la vulneración del art.14 C.E, defendiendo que este lo que impide es la distinción discriminatoria o sin fundamento. Así por ejemplo, la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, FJ 4, hace referencia a que *“Este Tribunal ya ha reiterado que resulta*

---

<sup>24</sup> Cobrerros Mendoza, E., *“Discriminación por indiferenciación: Estudio y Propuesta”*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm.81, Madrid, 2008, pp. 71-114.

<sup>25</sup> El procedimiento objeto de controversia trajo su causa en la demanda de un ciudadano griego que fue objeto de discriminación en el acceso a un cargo público en su país (habiendo superado todas las pruebas de acceso favorablemente) el cual fue excluido de dicho puesto en aplicación de un precepto legal que establecía que no podrían desempeñar el cargo las personas que hubiesen sido condenadas por determinados delitos (en este caso el demandante fue condenado por haberse negado a llevar uniforme militar en el pasado). En este sentido el TEDH aprecia que el Estado tendría que haber tenido en cuenta las circunstancias personales del demandante, puesto que su exclusión de dicho cargo suponía una medida excesiva y lesiva para su derecho a la igualdad, al no perseguir una justificación objetiva y razonable. Así dice: *“Sin embargo, (el Tribunal) considera que no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14. El derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente”*.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo en Sentencia 75/1983, de 3 de agosto de 1983, FJ 2: *“Expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamar “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del artículo 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolas en su disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos”*.

En el mismo sentido: SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ. 6; 150/1991, de 4 de julio, FJ 6; 135/1992, de 5 de octubre, FJ 9; 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5; 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 7; 137/1998, de 29 de junio, FJ 2; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2.

*ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ. 2)”, añadiendo que: “en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE”.*

Aceptando únicamente el TC la posibilidad de impugnación de determinadas leyes por arbitrarias,<sup>27</sup> dado que al fin y al cabo, como continúa el autor: *“Se debe dejar claro que no hay inconveniente en compartir que, en principio, sea el legislador el que deba decidir qué aspectos son relevantes para establecer una regulación diferenciada y en qué debe consistir tal diferenciación”.* Si bien, continúa diciendo: *“Pero el problema que aquí se trata es el que surge cuando el legislador no prevé, precisamente, diferencia alguna para casos relevantemente distintos”.*

Este rechazo de la discriminación por indiferenciación como vulneración del principio de igualdad por parte del TC genera situaciones incongruentes, quedando reflejadas en las afirmaciones de Edorta Cobreros Mendoza al establecer que: *“Un repaso a la actividad jurisdiccional de nuestros Tribunales depara, de inmediato, una monolítica postura interpretativa consistente en rechazar la posibilidad de que una regulación que no hubiera tenido en cuenta alguna especificidad resulte discriminatoria y, por tanto, contraria al principio de igualdad. Si bien no hay problemas (cumplidos ciertos requisitos) en aceptar que una regulación pueda ser discriminatoria por establecer una determinada diferencia de régimen, sin embargo no se admite que pueda resultar discriminatorio el no diferenciar ante situaciones distintas. Más claramente aún: no genera duda alguna que tratar desigualmente lo igual supone una discriminación inadmisibles, pero no sucede lo mismo con el trato igual de lo distinto”.*<sup>28</sup>

Todo esto le llevará a concluir que: *“...lo pretendido con esta referencia teórica ha sido poner de manifiesto...que la discriminación por indiferenciación es (estructuralmente y a efectos de su*

---

<sup>27</sup> STC 181/2000, de 29 de junio de 200, FJ 10. *“Cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de los otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), más nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad ex art. 14 CE”.*

<sup>28</sup> En idéntico sentido se pronuncia con respecto a las similitudes entre la discriminación por indiferenciación y la discriminación indirecta: *“Resulta paradójico que se admita la violación del art. 14 CE por una Ley en cuya formulación no se establecen diferencias de régimen que pudieran denotar la existencia de una regulación discriminatoria (sino que es por sus consecuencias o aplicaciones por donde se detecta el trato desfavorable a un grupo de sujetos) y, sin embargo, para rechazar la discriminación por indiferenciación se argumente que no se le puede exigir diferenciación normativa al legislador ex art. 14 CE”.* Cobreros Mendoza, E. *Ibidem*.

*enjuiciamiento) muy similar a la discriminación por no inclusión; esto es, los problemas que plantea una regulación que no ha extendido sus efectos beneficiosos a todos los sujetos a los que debía haber incluido (para respetar el principio de igualdad), son los mismos que los de aquella que no hubiera tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto (también para respetar el principio de igualdad) —normalmente con la finalidad de excepcionar de alguna limitación o restricción de derechos o intereses establecida en tal regulación—, con lo que la inclusión de la discriminación por indiferenciación en el ámbito de lo protegido por el principio de igualdad no resulta en absoluto algo forzado o ajeno al mismo, sino plena mente coherente”.*

Si aplicamos todo lo expuesto con anterioridad al colectivo de personas con VIH, podemos encontrar la ausencia de previsión legal por parte del legislador al no haber previsto o no haber considerado las características propias de este colectivo (la cronicidad de su enfermedad pues son personas con una enfermedad crónica) como un elemento suficientemente relevante desde el punto de vista constitucional, para diferenciarlos del resto de colectivos en los que por su estado serológico no serían titulares del resto de derechos y ámbitos de protección que leyes como la LGDPD sí otorgan a otros colectivos (con un determinado porcentaje, por ejemplo).

Esto supone un grave perjuicio hacia las personas con VIH puesto que al no haber una especificación dentro de la LGDPD que les incluya dentro de su esfera de protección, ni exista regulación legal alguna que les haga titulares de determinados derechos con base en su estado serológico; o lo que es igual, el hecho de no tratar de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones diferentes, provoca una situación de desamparo jurídico que impide el libre acceso, ejercicio y disfrute de los derechos que la constitución les confiere por el hecho de ser personas.

*Así, “Quizás uno de los problemas legales a los que se enfrentan las personas con el VIH en España es que no tienen un reconocimiento específico en el sistema jurídico por lo que no son titulares de derechos específicos por el simple hecho de ser seropositivas a dicho virus sino que simplemente son titulares de los mismos derechos que el resto de ciudadanos/as en igualdad de condiciones y tampoco se desarrollan políticas de acción afirmativa o de discriminación positiva con las que superar las barreras a las que tradicionalmente se han enfrentado.*

*Este reconocimiento genérico de los derechos es, sin duda alguna, importante pero no es suficiente ya que las carencias del sistema de garantías se agudizan con las personas con el VIH*

*al tratarse de un colectivo en situación de vulnerabilidad”*. (Ramiro Avilés, M. A, y Ramírez Carvajal, P. 2015: 7-23).

## **PROFESIONALES SANITARIOS Y VIH**

En este apartado se desarrollará una de las principales consecuencias del impacto que el estado serológico de una persona puede tener en el ejercicio de sus derechos, como el derecho a la educación, el derecho al trabajo o incluso el derecho a la intimidad. Concretamente se pondrá en práctica la teoría desarrollada en el apartado anterior con respecto al ejercicio de los derechos de las personas con VIH en condiciones de igualdad para con el resto de las personas. Se hará referencia a como su condición de personas con una enfermedad crónica puede llegar a suponer en pro de la seguridad y salud de terceros, una limitación en el ejercicio de sus derechos, pudiendo llegar a sufrir situaciones de discriminación en función de la adecuación y proporcionalidad de las medidas a adoptar en el caso concreto.

## CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO PROFESIONALES SANITARIOS

El objetivo de esta segunda parte del Trabajo de Final de Máster consiste en analizar la situación jurídica de los profesionales sanitarios que tienen VIH. Así se analizará en primer lugar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio, para posteriormente hacer referencia al concepto de trabajador y quiénes se consideran profesionales sanitarios y que derechos les amparan, de los estudiados con anterioridad, en función de la relación laboral que tengan establecida. Más adelante, se estudiarán los principales elementos normativos que pretenden justificar la adopción de determinadas medidas (de las que se cuestionará su legalidad o adecuación y proporcionalidad a casos concretos) que condicionan el ejercicio y desarrollo del ejercicio de la labor profesional de este colectivo, llegando a producirse en determinados casos situaciones discriminatorias y en otros, situaciones legítimas y justificadas que pueden suponer la limitación de los derechos de estas personas.

### 2.1 Derecho a la libre elección de profesión u oficio

Puede encontrarse una primera mención al derecho al trabajo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2012 (En adelante CDFUE) la cual en su art.15 reconoce el derecho que toda persona tiene a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, así como *el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad* (art.31.1 CDFUE).

Nuestro ordenamiento jurídico nacional hace referencia a esta cuestión en el artículo 35 de la C.E al establecer que: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

Como puede apreciarse, este Derecho no forma parte de la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución española, es decir, *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*. Por el contrario, este se configura como un derecho de segundo orden, perteneciente a la sección segunda del mismo capítulo, *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”*. Se concibe así precisamente como un Derecho de todos los ciudadanos a la libre elección de profesión u oficio, pero también como un



deber; el cual implica a su vez a los poderes públicos en la fórmula establecida por el art.40.1 C.E.<sup>29</sup> debiendo promover en condiciones de igualdad el empleo. En esta línea se pronuncia la STC 22/1981, de 2 de julio de 1981, FJ 8, cuando dice: *“El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”*.

El artículo 35 C.E condiciona la libre elección de profesión u oficio, así como la promoción a través del trabajo y la remuneración suficiente para satisfacer las necesidades, a la no discriminación por razón de sexo. No obstante, esta condición no supone una *numerus clausus* o lista cerrada de los supuestos de no discriminación del art.14 C.E ya examinado, en el ámbito laboral; pues es precisamente a través de la mención en este artículo a *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* a partir de la cual se establece análogamente el acceso a otras condiciones que deben de cumplirse para garantizar el correcto ejercicio de este derecho-deber.

Entre ellas, como ya hemos podido estudiar, se encuentra el derecho a no ser discriminado por razón de enfermedad. En idéntico sentido se pronuncia el TC en STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10 cuando dice: *“El que el art. 35.1 de la C.E., dentro de una sección situada fuera del marco de los Derechos dotados de la protección constitucional de amparo no especifique a la hora de proclamar el derecho a una remuneración suficiente más que la discriminación por razón de sexo, no debe llevarnos a la idea de que en el campo particular de las relaciones laborales la fórmula del art. 14 de la C.E. sufre una tan rotunda reducción. Esto no es así tanto respecto a los criterios concretamente definidos en el precepto constitucional que acabamos de citar como en orden a los susceptibles de inclusión en la fórmula genérica con la que se cierra el precepto cuando dice que la discriminación queda también vedada respecto de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»”*.

---

<sup>29</sup> *“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”*.

## **2.2 Régimen jurídico de las relaciones laborales**

Ahora bien, partiendo de la base del derecho a la libre elección de profesión u oficio y del deber de los poderes públicos de promover el mismo en condiciones de igualdad, debemos establecer una diferencia entre aquellos trabajadores que, en función de su relación laboral, se regirán bien por el Estatuto de los Trabajadores, bien por el Estatuto Básico del Empleado Público.

### **2.2.1 Trabajadores que rigen sus relaciones laborales por el Estatuto de los Trabajadores**

Respecto al primero, continúa el art.35 C.E en su precepto segundo diciendo que: *“La ley regulará un estatuto de los trabajadores”*. Esta segunda parte del contenido del artículo 35 no hace sino responder a la necesidad normativa de regular un régimen específico de derechos de los trabajadores que recoja los principios generales de su relación laboral contractual.<sup>30</sup>

Así, la normativa de referencia aplicada a *los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario* (art.1.1 ET), será el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). En el caso que nos concierne, esta sería la norma de aplicación para un profesional sanitario que trabajase en un Centro Médico Privado, por ejemplo.

---

<sup>30</sup> En este sentido se pronuncia la STC 227/1998, de 26 de noviembre de 1998, FJ 4 cuando dice: *“En efecto, el mencionado art. 35.2 C.E., al disponer que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores», no se limita a configurar una reserva de ley, sino que, al deferir al legislador la normación de un régimen jurídico específico para los trabajadores, le encomienda simultáneamente la tarea de acotar, otorgándole así relieve constitucional, un determinado sector social, constituido por las personas físicas vinculadas por el dato común de la prestación de actividad configurada como relación contractual laboral, a lo que viene a añadirse la circunstancia de que el concepto o categoría de trabajador es determinante del ámbito subjetivo de determinados derechos, de distinto carácter, reconocidos por la Constitución (arts. 7, 28.1 y 2, 37.1 y 42), y sin que esta proyección constitucional se agote en los indicados derechos sustantivos, trascendiendo también al plano procesal, como ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal (STC 3/1983, fundamento jurídico 3.º reiterada en las SSTC 65/1983, 114/1983 y 125/1995)”*.

Por lo que habrá que examinar las menciones a la igualdad y no discriminación que en dicha norma se hagan para conocer cómo pueden afectar a las personas que se rigen por él.

El Estatuto de los Trabajadores establece una serie de derechos básicos de todo trabajador en su relación laboral, destacando su artículo cuarto, (por razón del tema objeto de estudio del presente trabajo) que dice: *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen Derecho:*

*c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.*

Es decir, volviendo a la fórmula de la prohibición de discriminación, se configura como principio básico de la relación laboral objeto de este Estatuto, no sufrir ningún tipo de situación que, careciendo de cualquier tipo de justificación objetiva, razonable y proporcional, diferencie u otorgue un trato diferente a, por ejemplo, un trabajador sanitario con VIH, bien por el mero hecho de tener VIH, bien con base en la protección de la salud de terceros si la medida resulta desproporcionada (como posteriormente se analizará), bien por cualquier otra circunstancia que no se encuentre debidamente fundamentada.

Es más, el ET establece en su art.17 la nulidad de cualquier tipo de cláusula, convenio colectivo, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que produzcan o den lugar en el empleo, salario etc. a cualquier tipo de situación de discriminación directa o indirecta. Por ello, cualquier situación que, como decimos, genere por parte del empleador un trato diferenciado, a personas en idénticas condiciones de igualdad, no fundamentado en ningún tipo de razón objetiva, proporcional y razonable será nulo de pleno Derecho.

### **2.2.2 Trabajadores que rigen sus relaciones laborales por el Estatuto Básico del Empleado Público**

Ahora bien, llegados a este punto cabe citar la segunda regulación a la que hacíamos referencia anteriormente, la de los funcionarios públicos. Esta encuentra su fundamento

constitucional en el art.103.3 C.E, el cual recoge que: *“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*. Estableciéndose en idéntica fórmula (en la necesidad de regulación normativa) que la construcción examinada para los trabajadores que rigen sus relaciones laborales por medio del Estatuto de los trabajadores.

- c) Si bien, tal y como establecía el art.1.3 ET: *“3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”*.

Encontramos así la normativa básica para la regulación laboral de las relaciones de trabajo de este grupo de trabajadores en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

Ya en su artículo primero el EBEP dice que *tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*, los cuales engloban al personal de diversas Administraciones Públicas (art.2 EBEP).<sup>31</sup>

Estableciendo en su art.1.3 b) la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso y la promoción profesional como uno de los principios de actuación fundamentales de la función pública. Principios estos que se configuran a su vez como los principios rectores del acceso a la función pública, al establecer precisamente el art.55 EBEP que: *“Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”*. Supeditando de esta manera la selección

---

<sup>31</sup> Siguiendo con nuestro ejemplo, por este estatuto se regiría aquel profesional sanitario que trabajase, bien como funcionario, bien como personal laboral al servicio de la administración en un hospital público. Esto es debido a que conforme a lo establecido en Real Decreto 521/1987, de 15 de abril por el que se aprueba el reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud; los hospitales se configuran como un órgano administrativo que depende de la Administración Sanitaria; como así se deduce de su art.1.1: *“El presente Reglamento será de aplicación a las Instituciones Sanitarias Cerradas de la Seguridad Social gestionadas por el Instituto Nacional de la Salud”*.

del personal funcionario y laboral a la asunción de estos principios junto con otros como: la publicidad de las convocatorias y sus bases, la transparencia etc.

Si bien, este desarrollo normativo encuentra su fundamentación originaria en el principio de igualdad en el acceso a la función pública que establece el art.23.2 C.E al afirmar que: *"Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"*, enlazando posteriormente con el art.103.3 C.E anteriormente citado.

Es decir, se configura como una garantía para el acceso al empleo público, que este acceso se produzca en condiciones de igualdad, garantizando como criterios de elección el mérito y la capacidad de los que en el proceso participen.<sup>32</sup>

El Tribunal Constitucional delimita el contenido del derecho a la igualdad de acceso a la función pública a los puestos funcionariales que sean ocupados por funcionarios, descartando de esta manera al personal laboral, lo cual nos lleva a distinguir dos dimensiones del principio de igualdad, configurándose: *"Por una parte, el derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 CE, que tiene por objeto los puestos de trabajo de naturaleza funcional, y, por otra parte, el derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza laboral del Sector Público, que resulta del artículo 14 CE"*. (Fernández Delpuech L. 2015: 72)

Sobre la importancia que juega el principio de igualdad en el acceso a la función pública, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (en adelante TS), en STS 2738/1998, de 23 septiembre de 2002, FJ.4:

*"... ha de partirse de la consolidada doctrina jurisprudencial en torno al derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, mérito y capacidad que en ese artículo se consagra. El art. 23.2 CE constituye, sin duda, una especificación del principio de igualdad ante la ley formulado por el art. 14 CE, en cuanto que supone una aplicación de dicho principio al ámbito de las condiciones en que ha de producirse el acceso de los ciudadanos a las funciones y cargos públicos"*. Si bien, continúa la sentencia haciendo

---

<sup>32</sup> *"En todo caso, el Tribunal Constitucional viene reiterando que el sistema de acceso al empleo público debe basarse en los principios de mérito y capacidad, sobre la base de una conexión sistemática entre el principio de igualdad del artículo 23.2 CE y los de mérito y capacidad del artículo 103 CE"*. Fernández Delpuech L., *"Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público"*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, Primera edición, P.72.

referencia a la expresa prohibición de individualizar las condiciones de acceso a la función pública, censurando: *“que todo proceso selectivo no puede estar pensado ya de antemano para propiciar tal acceso a favor de persona o personas concretas, en detrimento de una sana igualdad de condiciones”*. En cambio, abre la posibilidad de establecer determinadas diferencias a modo de discriminación positiva siempre y cuando las mismas tengan una justificación razonable, se guarde relación con el fin perseguido y sean proporcionales los medios empleados y la finalidad perseguida.<sup>33</sup>

Finaliza la sentencia haciendo referencia a la obligación de basar las condiciones de acceso al empleo público en los ya citados criterios de mérito y capacidad: *“En fin, dada la necesaria y recíproca relación entre este precepto y el 103.3 de la Constitución, de su juego se desprende que además de la de definición genérica de los requisitos o condiciones necesarias para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad de manera que pudieran también considerarse violatorias de dicha igualdad todas aquellas que, sin esas referencias, establezcan una diferencia entre los españoles”*.

En idéntica línea se pronuncia la STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983, FJ 2 y 3, al referenciar el art.14 C.E como fundamento necesario que garantice la igualdad ante la ley, evitando comportamientos arbitrarios por parte de la Administración: *“El art. 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los*

---

<sup>33</sup> En este sentido se pronuncia la citada STS: *“Obviamente, su aplicabilidad no exige la absoluta prohibición de la diferenciación de trato a diversas categorías de ciudadanos, sino la proscripción de la discriminación entre personas, categorías y grupos, por lo que puede entenderse que quiebra la igualdad cuando la diferenciación no está basada en motivos objetivos y, por el contrario, no resulta violada cuando dicha diferencia tiene una justificación racional y suficiente en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”*.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 75/1983 de 3 de agosto de 1983, FJ.2: *“Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las Sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975”*.

ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo”. Continúa en su FJ 3;<sup>34</sup> resaltando la importancia constitucional de la igualdad en el acceso a la función pública como valor superior del ordenamiento jurídico; valor, que debe mantenerse no solo en el acceso sino también a lo largo de toda la vida laboral de los funcionarios. Resultando especialmente importante la adaptación que de la cláusula abierta del art.14 C.E (cualquier otra circunstancia personal...) se hace; extrapolando por analogía las causas en las que las convocatorias de empleo público no pueden basar sus criterios de selección.

En resumidas cuentas, el derecho de acceso a la función pública es un derecho constitucionalmente recogido en los artículos 14, 23.2 y 103.2 de la C.E. El mismo implica el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, basando sus criterios de selección en condiciones puramente objetivas como son principalmente el mérito y la capacidad (art.103.2 C.E). Supone nuevamente una manifestación de las dimensiones ya estudiadas del concepto de igualdad ante la ley y en la ley. El primero de ellos se produce cuando se establece que el contenido de las bases de una convocatoria deba de ser iguales para todos, dando un trato igual a lo igual o lo que es lo mismo, prohíbe tratar de manera diferente situaciones idénticas sin existencia de una causa justa y razonable<sup>35</sup> cuya

---

<sup>34</sup> 3. Para analizar correctamente la constitucionalidad del precepto cuestionado, es menester precisar que la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el art. 14 de la C.E., y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas, en el art. 23.2 de la C.E., responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (art. 1.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios.

<sup>35</sup> Así, TSJ Madrid, 301/2011, de 31 de marzo de FJ.2, establece: “La conculcación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, proclamado en el artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879, exige la previa demostración de que ante situaciones idénticas comparadas, la solución normativa es diferente, sin la existencia de razones objetivas para el distinto tratamiento. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada en sus Sentencias 68/1.989 de 19 de abril EDJ 1989/4186 y 161/1.991 de 18 de

consecuencia sea proporcional al fin que se persigue con ella. Si bien, como hemos visto, no es un principio absoluto, por lo que pueden darse situaciones de discriminación positiva o medidas de acción positiva; por ejemplo reservando determinadas plazas a personas con discapacidad.

Por otra parte, la igualdad en la ley exigiría en el caso del acceso a la función pública, que su contenido, es decir, que las condiciones de selección (los criterios y méritos establecidos) fuesen generales y abstractas, de tal manera que no se construyesen de manera que por específicas pudiesen beneficiar a un grupo determinado de personas, quebrando así la pretendida igualdad.

Así, por medio de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, se pretende dar respuesta a esta exigencia del estado social de Derecho y es la selección de personal tanto funcionario como laboral al servicio de las administraciones en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, si aplicamos todo lo expuesto con anterioridad a las personas con VIH, al tenor de las disposiciones normativas que establecen y garantizan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, (basando sus criterios de selección en el mérito y la capacidad de los aspirantes); deberíamos entender que ninguna persona con VIH tendría que ser discriminada en el acceso a la función pública.

La realidad es bien distinta. Desde la perspectiva de las consultas llevadas a cabo por la Clínica Legal, llama la atención el número elevado de convocatorias a procesos de selección de empleo público (principalmente a cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado), en los que se incluyen una serie de causas de exclusión entre las que se encuentra indirectamente el VIH bajo la cláusula contenida en los cuadros médicos de exclusión que dice: “*Enfermedades infecto-contagiosas*”.

Como hemos visto con anterioridad, para que se pueda justificar la dispensa de un trato diferenciado a personas que se encuentran en idénticas condiciones de igualdad (pongamos el ejemplo anterior de un opositor a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado), debe existir una causa de justificación que sea proporcional al fin que se

---

*julio EDJ 1991/8070, sólo si existe una justificación objetiva y razonable pueden tratarse desigualmente situaciones aparentemente iguales, de modo que, una vez acreditada la identidad de funciones y cometidos realizados por unos y otros funcionarios, la diferenciación de complementos retributivos es discriminatoria por establecer un trato retributivo distinto y sin justificación objetiva alguna”.*



persigue, debiendo utilizar en todo caso la medida menos lesiva (para evitar precisamente la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del art.14 C.E, que como vimos, prohíbe toda causa de discriminación, incluyendo por razón de una enfermedad).

Pues bien, la justificación por parte de las Administraciones titulares de estas convocatorias radica en el riesgo de transmisión de la enfermedad por parte de una persona con VIH hacia los demás (trabajadores y el resto de los ciudadanos). Por lo que con base en la protección de la seguridad de estos terceros, se entiende justificada la exclusión de este colectivo de los procesos de selección al empleo público.

Esta medida para nada proporcional y totalmente lesiva en cuanto al fin que persigue se encuentra totalmente injustificada si nos atenemos a varios factores: En primer lugar, muchas de las bases de estas convocatorias se limitan a excluir a las personas con VIH por considerarlas no aptas para el desempeño de las funciones descritas en las convocatorias (por medio del cuadro de exclusiones médicas) considerando su enfermedad como un factor incapacitante para las mismas. El problema radica en que dichas bases no entran a valorar el caso concreto y las circunstancias personales de cada una de las personas; puesto que no todas las personas con VIH desarrollan la enfermedad de igual modo; pudiendo encontrarse desde personas que no tomen el tratamiento antirretroviral correctamente o que le tomen y tengan afecciones que sí puedan justificar su exclusión en el desempeño de estas labores. Pero también puede darse el caso de personas con carga viral indetectable, bajo tratamiento antirretroviral, que son perfectamente aptas para el desempeño de estas labores.

En segundo lugar, la evidencia científica ha demostrado que el riesgo de transmisión de la enfermedad, una vez conocidas las vías de transmisión de la misma, es ínfimo siempre y cuando se adopten una serie de Medidas de Prevención Universales (MPU).<sup>36</sup>

En este sentido, la jurisprudencia es clara habiéndose pronunciado la Audiencia Nacional (AN) sobre esta cuestión en sentencias como AAN 2004/707, de 16 de agosto de 2004. En ella la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso de un opositor a los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias interpuesto contra la resolución que le excluía de la

---

<sup>36</sup> Medidas que tienen un carácter bidireccional, es decir, su observancia y aplicación es exigida para que una persona no pueda transmitir ningún tipo de enfermedad como para que ninguna persona le pueda transmitir ningún tipo de enfermedad. Si bien, este concepto lo estudiaremos más adelante cuando tratemos de los profesionales sanitarios con VIH.

convocatoria por no entrar a valorar suficientemente los motivos y circunstancias en los que el VIH podía afectar en el desempeño de sus funciones a esta persona“: *"(...) la Administración silencia el "cómo", "cuando" y "en qué circunstancias" la enfermedad puede afectar al desempeño de las tareas propias del cargo o cual sería el riesgo de contagio para los internos del Centro penitenciario o para el resto de funcionarios.*

*Es evidente que ese riesgo es mayor en aquellas actividades en las que por la propia naturaleza de las tareas que se desempeñen exigen un mayor contacto físico que otras. En nuestro caso, se prescinde de toda explicación o razonamiento, y nada se dice al respecto. Tal vez las funciones propias de los Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, al estar muy en contacto con los internos puedan generar algún tipo de riesgo de transmisión, pero ello ni se explica ni se razona por la Administración".*

Produciendo el siguiente efecto: *"La consecuencia de todo ello es que debe anularse la resolución impugnada a fin de que por la Administración se motive debidamente por qué y hasta qué punto, no la infección de VIH en general, sino en concreto, la padecida por el Sr. Miguel Ángel, le limita o dificulta para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias".*

Basándose en el *Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida (Ministerio de Sanidad y Consumo)* fundamenta la citada sentencia de la AN en su FJ 5 el hecho de no entrar a valorar las circunstancias personales de cada persona con VIH, (teniendo en cuenta que se pueden ver afectadas por la enfermedad de diferente forma), de la siguiente manera:

*"La infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social.*

*Los mecanismos de transmisión del VIH son bien conocidos: relaciones sexuales con penetración sin protección, inoculación de productos sanguíneos con el VIH o transmisión materno-fetal.*

*La valoración del potencial impacto físico y mental de la infección por VIH, ésta debe de ser individualizada para cada paciente. (...) es una enfermedad crónica y desde la adquisición de la misma pueden transcurrir muchos años y a lo largo de este período pueden ocurrir distintos acontecimientos relacionados con la propia infección por VIH, o con el tratamiento que dicha infección requiere. (...) la infección por VIH puede ocasionar, no en todos los individuos, déficits funcionales bajo el punto de vista físico y mental.*

Pasa la sentencia a establecer una serie de efectos que pueden producir tanto la enfermedad como el propio tratamiento, que *“pueden limitar la actividad física de un trabajador”* pero posteriormente afirma que esta la limitación ocasionada por estos acontecimiento *“pueden desaparecer simplemente con el cambio de tratamiento antirretroviral y, desde luego, han de interpretarse como las mismas alteraciones que pueden causar el tratamiento de una enfermedad crónica (diabetes, hipertensión, artritis, etc...)”*.

De esta manera quedaría injustificado todo trato desigual consistente en la exclusión de una persona con VIH por razón de su enfermedad; sin tener en cuenta las circunstancias específicas de cada persona y en cómo la enfermedad puede afectarles en el desempeño de sus labores. Lo contrario sería discriminatorio, puesto que el principal apoyo constitucional del acceso a la función pública radica en el acceso a este en las condiciones de igualdad, mérito y capacidad anteriormente examinadas. Condiciones que de no observarse serían contrarias al principio de no discriminación por razón de enfermedad del art.14 C.E.

Por tanto cualquiera de las bases de una convocatoria de acceso a empleo público que incumpla con lo establecido anteriormente, será nula. Esto último ha sido objeto de revisión por parte de los poderes públicos, destacando principalmente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018.<sup>37</sup>

### **2.3 Normativa reguladora de las profesiones sanitarias**

Llegados a este punto, hemos analizado bajo el prisma de los conceptos teóricos de la igualdad y la prohibición de discriminación, el contenido esencial del derecho al trabajo, distinguiendo las oportunas singularidades jurídicas establecidas en función de que la relación laboral sea llevada a cabo en el ámbito de la función pública o en la empresa privada. Encontrando siempre como factor común en ambas la aplicación de las premisas

---

<sup>37</sup> En él, bajo el pretexto de ser un acuerdo que pretende alcanzar: *“Una medida de justicia social para afectados por VIH, diabetes, enfermedad celiaca y psoriasis, que pone fin a una discriminación histórica que venían soportando más de 7 millones de personas”* se pretende eliminar cualquier tipo de cláusula de una convocatoria de empleo público que tenga como base, entre otras, la enfermedad por VIH, de una persona que quiera optar a incorporarse en los cuerpos y fuerzas de seguridad, en este caso, autonómicos. Así, con dicha medida se pretende llegar a una igualdad real y efectiva, que es obligación de los poderes públicos (conforme al art.9.2 C.E).

establecidas en el contenido de los principios de igualdad (formal y material) y no discriminación.

Ahora bien, siendo el objeto del presente trabajo el análisis de la situación jurídica de los profesionales sanitarios con VIH, una vez establecido un marco teórico general que nos ayude a comprender la esencia jurídica de la magnitud del problema al que se enfrenta este colectivo, es preciso analizar lo que por ley se entiende como Profesiones Sanitarias, junto con las consecuencias jurídicas que conlleva.

Con base en el derecho a la protección de la salud del art.43 C.E, en su segundo precepto se establece que *“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*. Así, como expresión del estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos (art.9.2 C.E), deberán establecer una serie de límites y competencias necesarias para el correcto ejercicio de las profesiones sanitarias, como expresión del derecho constitucional a la protección de la salud.

Comenzaremos haciendo referencia a la normativa básica en cuestión; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante LOPS). Dicha ley tiene por objeto regular *los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias* (Art.1 LOPS).

La exposición de motivos de la presente ley comienza justificando la necesidad de regular las profesiones sanitarias con base en la íntima conexión que el ejercicio de estas tiene con una serie de derechos de entre los que destacan: el derecho a la protección de la salud, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Respondiendo también a las necesidades impuestas por la normativa europea que abogan por la acreditación del ejercicio de estas por medio de una serie de títulos y acreditaciones que, conforme al art.36 C.E,<sup>38</sup> deben establecerse por ley.

---

<sup>38</sup> Dice el art.36 C.E: *“La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”*.

Es por ello por lo que establece en su Exposición de Motivos que el contenido básico de la ley debe de *centrarse en regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, así como las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales*; mostrándose clara al establecer que la misma no pretende determinar cuáles son las competencias de cada una de las ramas que integran el conjunto de las profesiones sanitarias, si no que más bien, responden a la necesidad de crear una base normativa común sobre la que cada una de estas profesiones, en función de sus *praxis* o formas de ejercer la profesión (conforme a códigos deontológicos y normas de los colegios profesionales), puedan ir desarrollándose. Así, reconocerá como profesiones sanitarias aquellas que hayan sido reconocidas como titulaciones del ámbito de la salud por la normativa universitaria, junto con las que tengan constituida una organización colegial por los poderes públicos.

Puestos en contexto, con base en la formación, la LOPS distingue en primer lugar el art.2 de la LOPS, en el que se definen como profesiones sanitarias tituladas: *“Aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable”*, estructurando las mismas en tres tipos diferentes en su artículo segundo, a saber:

*“a) De nivel Licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología<sup>39</sup> y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados a que se refiere el título II de esta ley.*

*b) De nivel Diplomado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en Logopedia y en Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para tales Diplomados a que se refiere el título II de esta ley”.*

Posteriormente, en otro nivel, el art.3 LOPS establece que serán considerados como profesionales del área sanitaria de formación profesional aquellos que ostenten los títulos correspondientes de formación profesional de la familia profesional sanidad, distinguiendo dos grupos:

---

<sup>39</sup> Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de marzo de 1986, núm. 68.

*“a) De grado superior: quienes ostentan los títulos de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, en Dietética, en Documentación Sanitaria, en Higiene Bucodental, en Imagen para el Diagnóstico, en Laboratorio de Diagnóstico Clínico, en Ortoprotésica, en Prótesis Dentales, en Radioterapia, en Salud Ambiental y en Audioprótesis.*

*b) De grado medio: quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y en Farmacia”.*

Teniendo en cuenta la materia objeto de análisis de este trabajo, como posteriormente se verá en el análisis de los casos llevados a cabo en la Clínica Legal, se ha podido observar una mayor incidencia o menoscabo de derechos, sin restar importancia a la incidencia que en el resto se produzca, principalmente en las profesiones de: Medicina, Odontología, Fisioterapia y Auxiliar de Enfermería.

Por lo que de cara al análisis de las posibles limitaciones de derechos y consecuentes discriminaciones que se producen en este colectivo, será de gran ayuda conocer cuáles son las funciones propias que atañe a cada una de estas ramas, puesto que, como veremos más adelante, en base a las funciones que se vayan a desarrollar por parte de estos profesionales sanitarios, quedarían justificadas determinadas limitaciones en sus derechos o por el contrario constituirían medidas discriminatorias prohibidas constitucionalmente.

Respecto a los licenciados sanitarios, con independencia del ámbito individual de actuación derivado de su profesión concreta, a estos les corresponde, conforme al art.6 LOPS: *“la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo”.*

Más concretamente, son funciones propias de cada una de las ramas citadas, las siguientes:

*“a) Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención.*

*b) Farmacéuticos: corresponde a los Licenciados en Farmacia las actividades dirigidas a la producción, conservación y dispensación de los medicamentos, así como la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública.*

*c) Dentistas: corresponde a los Licenciados en Odontología y a los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud bucodental”.*

Respecto a los Diplomados Sanitarios, el art.7 LOPS establece que les compete la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en tal proceso, concretando para cada una de estas las siguientes funciones específicas:

*“a) Enfermeros: corresponde a los Diplomados universitarios en Enfermería la dirección, evaluación y prestación de los cuidados de Enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades.*

*b) Fisioterapeutas: corresponde a los Diplomados universitarios en Fisioterapia la prestación de los cuidados propios de su disciplina, a través de tratamientos con medios y agentes físicos, dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas, así como a la prevención de las mismas”.*

Ahora bien, una vez analizados los preceptos normativos básicos sobre los que se establecen las funciones generales reguladoras de las profesiones sanitarias, es preciso advertir de la presencia del valor normativo que los Colegios Profesionales propios de cada una de ellas puedan dictar con respecto a los cometidos propios de su profesión.

Así, el art. 36 de la C.E, establece que *“La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”.*

En este sentido, tanto el TS, como el TC han otorgado valor normativo a los Códigos deontológicos aprobados por los colegios profesionales, con sentencias como STC 219/1989, de 21 de diciembre de 1989, FJ 5 que dice: *“...las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar.... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente*

*conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial»*”. Es decir, el contenido de los códigos deontológicos constituye verdaderas normas que rigen cada una de las profesiones sanitarias y cuyo incumplimiento puede venir acompañado de la imposición de sanciones. Por ello habrá de observarse, más allá de la base genérica contenida en la LOPS, cuáles son las funciones concretas de cada uno de los sectores que componen las profesiones sanitarias; si bien esto será motivo de exposición en los casos prácticos de la última parte de este Trabajo de Final de Máster.

Una vez establecidas cuáles son las funciones propias a realizar para cada tipo de las profesiones que se encuentran comprendidas en el ámbito sanitario; en el siguiente capítulo se analizará como el desempeño de las mismas puede motivar o justificar limitaciones en los derechos de las personas con VIH que ejerzan esas profesiones; o si por el contrario dichas limitaciones no encuentran suficiente justificación y proporcionalidad, siendo por tanto actos contrarios a la ley por generar discriminación por razón de una enfermedad crónica como es el VIH.



## **CAPÍTULO III. EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS CON VIH: LIMITACIÓN DE DERECHOS Y DISCRIMINACIÓN**

### **3.1 Exposición de la problemática**

A lo largo de este trabajo se ha podido examinar desde el punto de vista jurídico, conceptos como son el principio de igualdad y no discriminación, así como otra serie de derechos que se encuentran íntimamente relacionados con este principio como: el derecho a la libre elección de profesión u oficio; o como se verán en la parte práctica de este trabajo, el derecho fundamental a la intimidad personal y a la propia imagen o el derecho a la educación.

Ahora bien, una vez analizadas las normas que rigen las relaciones de los profesionales sanitarios, es preciso hacer una síntesis de la problemática que acarrea para el colectivo de personas con VIH el acceso o el desempeño de sus funciones en las mismas cuando se ven afectados por esta enfermedad.

Conforme hemos ido avanzando, no todos los derechos son absolutos, sino que pueden ser limitados en función de una serie de medidas cuya exigencia debe revestir un carácter proporcional y adecuado al fin que se persigue; pues de lo contrario se incurriría en actos arbitrarios susceptibles de ser calificados como vulneradores de derechos y por tanto discriminatorios.

En el caso de los profesionales sanitarios con VIH (como veremos posteriormente) la problemática radica en el hecho de que la sociedad aún en pleno Siglo XXI entiende que por el mero hecho de ser personas afectadas por una enfermedad crónica de carácter infeccioso como es el VIH, suponen un peligro para sí mismos y para terceras personas. Todo ello se fundamenta en el hipotético, y en muchas ocasiones infundado, riesgo de transmisión que puede tener su enfermedad sobre el resto de las personas.

Pero ¿Existe un verdadero riesgo de transmisión de la enfermedad?, ¿Con qué frecuencia?, ¿Bajo qué circunstancias?

El riesgo de transmisión de la enfermedad de una persona que se encuentra infectada por la misma a otra que no lo está, ha disminuido considerablemente desde la aparición de la enfermedad en los años 80. Esto es debido principalmente a los avances que en el campo de la ciencia se han producido con respecto a la determinación de las vías de transmisión

de la enfermedad, así como la aparición de nuevos tratamientos contra la misma (antirretrovirales), que mejoran considerablemente las condiciones de vida de las personas con VIH, así como les ayudan a mantener una carga viral controlada; siempre y cuando se haga un buen seguimiento de dicho tratamiento.

Respecto a las vías de transmisión de la enfermedad; *“En el caso del VIH, la transmisión sería únicamente posible por contacto, sea por vía percutánea (corte - pinchazo accidental con fluidos potencialmente infecciosos o consumo de drogas por vía parenteral) y/o por vía mucocutánea (a través de prácticas sexuales, de la salpicadura de fluidos potencialmente infecciosos o de la vía perinatal)”*.<sup>40</sup>

Los CDC (Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades)<sup>41</sup> establecen una serie de supuestos en los que puede darse con mayor frecuencia la transmisión de la enfermedad, destacando principalmente la vía sexual o el intercambio de jeringuillas para la inyección de drogas. Si bien es cierto, aunque de manera infrecuente, se establece como uno de los posibles riesgos de transmisión de la enfermedad el corte o los pinchazos accidentales que pueden sufrir los profesionales sanitarios en contacto con agujas y objetos punzantes, pudiendo en estas situaciones generar un riesgo de transmisión.

Ahora bien, como decimos, este riesgo es extremadamente bajo habida cuenta de la existencia en las últimas décadas de tres casos en los que se haya transmitido la enfermedad de un profesional sanitario a un paciente (debido a la ausencia de adopción de las medidas de prevención universales).

Sumado al riesgo extremadamente bajo de transmisión de la enfermedad habida cuenta de las vías de transmisión del virus, deben sumarse los avances en el campo de la ciencia. Conforme a la evidencia científica actual, infinidad de informes científicos promueven la campaña I = I (Indetectable = Intransmisible).

Esto quiere decir qué si nos atenemos a la evidencia científica actual, así como a los avances en los tratamientos antirretrovirales, puede llegar a conseguirse que una persona mantenga su carga viral indetectable, lo cual evita significativamente el riesgo de

---

<sup>40</sup> *“¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio haya de excluirse a las personas con virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)?* Informe, Trabajando en Positivo, 2019.

<sup>41</sup> Centros para el Control y Prevención de Enfermedades. *¿Cómo se transmite el VIH de una persona a otra?* Atlanta: CDC, 2018.

transmisión de la enfermedad (por vía sexual), siendo muy difícil o casi imposible que esta se produzca su transmisión a terceros.

En el mismo sentido tanto la Organización Mundial del Trabajo (OIT)<sup>42</sup> como la Organización Mundial de la Salud (OMS), siguen esta línea al establecer que el VIH en un trabajador no puede ser motivo de discriminación alguna con base en la sospecha de que pueda tener la enfermedad o incluso si la tiene, no puede deberían establecerse limitaciones con carácter general sin tener en cuenta las circunstancias específicas de esa persona.

Es precisamente la OIT la que, siguiendo la esfera anteriormente expuesta de factores que pueden influir en el riesgo de transmisión, expone con respecto a las vías de transmisión del VIH lo siguiente: *“El virus de inmunodeficiencia humana (VIH), que provoca el SIDA, se transmite por conducto de los líquidos corporales, en particular la sangre, el semen, las secreciones vaginales y la leche materna. Se ha demostrado que la transmisión puede deberse a cuatro causas: una relación sexual no protegida con una persona infectada (es la causa más corriente); la sangre y sus derivados, por ejemplo a causa de una transfusión infectada, de trasplantes de órganos o de tejidos y de la utilización de jeringuillas u otros instrumentos punzantes contaminados; la transmisión de una madre infectada a su hijo en el útero o en el parto, y el amamantamiento. El VIH no se transmite por un contacto físico ocasional o cuando se tose, se estornuda o se besa a otra persona o por el hecho de compartir los servicios sanitarios y de emplear cubiertos o de consumir bebidas y alimentos manipulados por una persona que tiene SIDA. Tampoco se transmite por la picadura de mosquitos o de otros insectos”*.

Es decir actualmente se conocen cuáles son las vías de transmisión de la enfermedad y cuales no lo son; pudiéndose delimitar claramente el riesgo de transmisión con la adopción de una serie de MPU.

A este respecto se pronuncia en iguales términos la OIT en la citada recomendación:

*“Las llamadas precauciones universales o precauciones normales en materia de sangre y líquidos corporales se debieron a una iniciativa de los centros estadounidenses de prevención y lucha contra las enfermedades (CDC) en 1985, a causa en gran parte de la epidemia del*

---

<sup>42</sup> “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo” Organización Internacional del Trabajo (2002) y Organización Internacional del Trabajo. “Texto de recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo” [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2010. 13 p. [Consulta: 21 de enero de 2019]. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/normativeinstrument/wcms\\_142708.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_142708.pdf)

*VIH/SIDA y de la necesidad urgente de una nueva estrategia para proteger al personal de los hospitales contra las infecciones transmitidas por la sangre. Por primera vez se insistía en la adopción universal de unas precauciones relacionadas con la sangre y los líquidos corporales para todas las personas, independientemente de su presunta infección.*” Es decir, las medidas de precaución universal pretenden evitar el riesgo de transmisión de cualquier enfermedad mediante la adopción de determinados elementos de protección en el ámbito laboral, partiendo de la premisa de que cualquier fluido puede ser potencialmente infeccioso. Por lo que su adopción debe ser observada tanto por los profesionales que tienen cualquier tipo de enfermedad como por los que no la tienen. Es decir, se establecen como medidas de carácter bidireccional a fin de que tanto por quien tiene cualquier tipo de enfermedad como por quien no la tiene pueda evitar infectarse y pueda evitar infectar.

Dicha recomendación de la OIT establece algunas de estas medidas, que a modo de ejemplo, deberían aplicarse en todas las situaciones laborales, no solo las sanitarias:

*“Las precauciones universales son un patrón sencillo en la lucha contra las infecciones al que se debe recurrir en todo momento y en los cuidados dispensados a todos los pacientes, con objeto de reducir al mínimo el riesgo derivado de los agentes patógenos presentes en la sangre. Esas precauciones universales consisten en:*

- *Una cuidadosa manipulación y eliminación de las agujas y otros objetos punzantes;*
- *El lavado de las manos antes y después de toda actividad;*
- *La utilización de elementos de protección — guantes, batas, mascarillas — en los casos de contacto directo con la sangre y otros líquidos corporales;*
- *La eliminación segura de todo lo que haya sido contaminado por la sangre y otros líquidos corporales;*
- *Una buena desinfección de los instrumentos y otros elementos contaminado, y*
- *Una manipulación escrupulosa de la ropa sucia”.*

En similar sentido, delimita las medidas de prevención universales a adoptar para evitar la transmisión en centros sanitarios de cualquier enfermedad infecciosa, el NTP 700: Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios<sup>43</sup>. Establece en este sentido una serie de precauciones universales cuyo objetivo radica en prevenir la

---

<sup>43</sup> “Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios” (2000) Guía de Buenas Prácticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

exposición de trabajadores a determinados patógenos transmitidos por sangre o fluidos (con especial hincapié en el VIH). Así, destaca una serie de medidas que deben de ser observadas por los profesionales sanitarios:

*“- Todos los trabajadores sanitarios deben usar de forma rutinaria elementos barrera cuando es posible anticipar el contacto de la piel y las membranas mucosas (boca, nariz y ojos) con sangre o fluidos biológicos de cualquier paciente.*

*- Los guantes se deben llevar siempre que se vaya a tocar sangre y fluidos biológicos, mucosas o piel no intacta de todos los pacientes; para manipular objetos o superficies manchadas con sangre o fluidos biológicos; y durante las extracciones de sangre o cualquier otra práctica de acceso vascular.*

*- Los guantes deben cambiarse tras el contacto con cada paciente.*

*- Las máscaras, gafas o pantallas faciales deben usarse durante las operaciones en las que es probable que se generen gotículas de sangre y/o fluidos biológicos para prevenir la exposición de mucosas.*

*- Se deben vestir batas o delantales durante los procedimientos en los que es posible que se produzcan salpicaduras de sangre o de otros fluidos biológicos.*

*- Las manos y otras superficies de la piel se deben lavar inmediata y concienzudamente si se han ensuciado con sangre y/o fluidos biológicos.*

*- Las manos se deben lavar inmediatamente después de quitarse los guantes.*

*- Todos los trabajadores sanitarios deben tomar precauciones para prevenir lesiones causadas por agujas, escalpelos u otros instrumentos cortantes y/o punzantes durante el trabajo, al limpiar el instrumental utilizado, al eliminar las agujas usadas, etc.*

*- Las agujas usadas no se deben reencapsular, doblar o romper de forma manual. Tras su uso se deben eliminar en contenedores resistentes a los pinchazos. El material que se vaya a reutilizar debe colocarse en contenedores resistentes a los pinchados para su traslado a las zonas de limpieza y desinfección.”.*

Continúa el documento haciendo referencia a la aplicación de las MPU a distintos agentes biológicos como: “semen, secreciones vaginales, líquido cerebroespinal, sinovial, pleural, peritoneal, pericardial y amniótico”, no siendo de aplicación a: “heces, secreciones nasales, esputos, saliva, sudor, lágrimas, orina y vómitos a no ser que contengan sangre de forma visible”.

A pesar de lo expuesto con anterioridad, en dónde se demuestra que ninguna persona debería ser discriminada laboralmente por tener VIH; aun existiendo un riesgo escaso de transmisión, es precisamente ese riesgo el que en no pocas ocasiones lleva a justificar limitaciones de derechos, que como veremos más adelante, suponen verdaderas discriminaciones hacia el colectivo de los profesionales sanitarios; puesto que ven como por el hecho de tener VIH, se limitan injustificadamente las intervenciones propias de su función profesional sin tener en cuenta sus circunstancias individualizadas y sin tener en cuenta principalmente el hecho de que tanto la evidencia científica como la adopción de las MPU han demostrado que la transmisión del virus en estas circunstancias es improbable. Por ende, no quedan justificadas dichas medidas ni desde el punto de vista científico ni desde el punto de vista legal.

Todo esto nos lleva a formular varias preguntas que ya fueron planteadas por Miguel Ángel Ramiro Avilés e Irene Salas Muñoz en su obra *“El VIH y las profesiones sanitarias: La transmisión iatrogénica del VIH”*, en cuya idea principal se fundamentará gran parte de este apartado del Trabajo. Y es que, *“¿Puede desempeñarse como médico o cirujano una persona con VIH? Si la respuesta es positiva, ¿puede esa persona ver limitadas las intervenciones u operaciones que realiza? Si la respuesta es negativa, ¿debe esa persona adoptar algún tipo de medida de protección especial o bastaría con las medidas de precaución universal? Y, en otro orden de cosas, ¿debe comunicar su estado serológico a los pacientes que vaya a atender o a los gestores de la institución en la que trabaja? Si la respuesta a la segunda cuestión es positiva, ¿debe la institución adoptar algún tipo de ajuste razonable que permita a la persona con VIH desempeñar su tarea asistencial?”*<sup>44</sup>

### 3.2 Análisis del art.22 LPRL

Como decíamos, el derecho a la libre elección de profesión u oficio en condiciones de igualdad y no discriminación, es un derecho constitucional recogido por nuestra *carta magna* en el art.35 C.E. Si bien, como todo derecho, no es absoluto, por lo que puede encontrarse limitado siempre y cuando la medida limitativa del derecho sea proporcional y se ajuste al fin que persigue.

---

<sup>44</sup> Ramiro Avilés, M.A. Y Salas Muñoz, I., *“El VIH y las profesiones sanitarias: La transmisión iatrogénica del VIH”*. Proyecto Clínica legal de CESIDA.

En el caso de los profesionales sanitarios, el hecho de tener una enfermedad infecciosa como puede ser el VIH, históricamente ha supuesto la asunción automática de que pueden poner en riesgo la salud de terceras personas (pacientes, compañeros e incluso así mismas se ha llegado a argumentar); justificándose de esta manera la limitación de sus derechos en el libre ejercicio de sus funciones.

Siguiendo esta idea inicial, lo que pretende la normativa limitadora es impedir el hipotético riesgo de que un profesional sanitario con VIH pueda transmitir el virus (por medio de cualquiera de las vías de transmisión) a pacientes u otros profesionales, durante sus intervenciones médicas.

Es decir, se pretende evitar un hipotético riesgo de transmisión iatrogénica hacia terceras personas con base en la protección de la salud recogida en el art.43 C.E. Debiendo entenderse que ante este supuesto riesgo de poner en peligro la salud de terceros, deben ceder los derechos de los profesionales sanitarios con VIH frente al derecho a la protección de la salud.

En dicho sentido el art.22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) establece lo siguiente:

*“Vigilancia de la salud. 1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo...De este carácter voluntario<sup>45</sup> sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo”.* Con ello parecería quedar justificada la limitación, para el caso

---

<sup>45</sup> Sobre la voluntariedad de los controles de vigilancia de la salud se pronuncia la STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, FJ 6 cuando dice: “...Existen sin embargo excepciones a ese principio de libre determinación del sujeto, configurándose supuestos de obligatoriedad. Así ocurre, dice la Ley, cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; cuando se busque verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1, párrafo segundo, LPRL).”

que nos ocupa, de las actuaciones de los profesionales sanitarios en el ámbito de sus competencias, siempre y cuando su enfermedad supusiera un riesgo para él mismo o para terceros.

Si bien, esta obligatoriedad de someterse a determinados controles de salud o medidas que limiten el libre ejercicio de las profesiones de los trabajadores con justificación en la protección de la salud de terceros, debe cumplir con una serie de requisitos: *“la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse ad casum la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador”* STC 196/2005, de 15 de septiembre de 2005, FJ 6.

Es decir, la vigilancia de la salud solo se puede imponer en aquellos casos en los que exista un peligro real y objetivable<sup>46</sup> que suponga un peligro para la salud de terceros, de tal manera que se busque su prevención a través de medidas que pueden basarse por ejemplo en limitar las funciones que pueda desempeñar una persona; siempre y cuando no se puedan aplicar otro tipo de medidas que resulten menos lesivas.

Así, el art.22 LPRL parece fundar sus limitaciones hacia los trabajadores en general, y profesionales sanitarios en particular, con base en dos factores que pueden verse afectados por su enfermedad; a saber:

- El posible riesgo de transmisión en el ámbito laboral de su enfermedad.
- La capacidad de realización de sus funciones sin que ello pueda llegar a conllevar un riesgo para su propia salud o la de terceros.

---

<sup>46</sup> En esta línea se pronuncia la STS 3046/2015 de 24 de noviembre, FJ 5: *“La jurisprudencia constitucional ya citada ha examinado los supuestos de reconocimiento obligatorio y ha concluido que “un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo”, o bien deben concurrir “factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como las de los arts. 25.1, segundo párrafo, LPRL , o 196, apartados 1 y 3, LGSS». En síntesis, pues, la obligatoriedad sólo puede imponerse si existe un riesgo o peligro objetivable”*.



Parece por tanto que cobra enorme importancia averiguar si el hecho de que una persona que actúa en el ámbito de sus funciones propias en las profesiones sanitarias encuentra suficiente causa de justificación en el hecho de que tener una enfermedad infecciosa como el VIH, le obligue a limitar su derecho al libre ejercicio de su profesión por suponer un riesgo en la salud de terceros.

### 3.3 Límites a la actividad de los profesionales sanitarios

Tal y como hemos hecho referencia en apartados anteriores, tanto para los CDC como para el resto de Organismos Internacionales, el riesgo de transmisión del VIH en el ámbito laboral es extremadamente bajo, máxime si tenemos en cuenta la determinación de las vías de transmisión (que permiten adoptar las MPU oportunas, en nuestro caso, a la acción derivada de las funciones propias de los profesionales sanitarios) así como las circunstancias personales de cada persona (carga viral indetectable, por ejemplo, lo que supondría intransmisibilidad). Si bien, si nos acogemos a términos puramente estadísticos,<sup>47</sup> el argumento por el que se defiende que el riesgo de transmisión iatrogénica es puramente anecdótico cobra importancia.

Debemos tener en cuenta a su vez otro tipo de argumentos, no menos importantes, por los cuáles se pueda reforzar este argumento en contra de las limitaciones del ejercicio de la profesión sanitaria a las personas con VIH; fundadas en el riesgo que puede producir su ejercicio:

Cobra importancia así, uno de los principios rectores de todas y cada una de las profesiones sanitarias; y es el principio deontológico de *“no maleficencia”*. Este principio, base como decimos de estas profesiones, es desarrollado por los distintos códigos éticos y deontológicos profesionales de los distintos Colegios Profesionales; encontrando como denominador común la prohibición de causar intencionadamente un sufrimiento en los pacientes o prolongar de manera dolosa el riesgo de que sufran un perjuicio en su salud.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Roskam, E. *“El SIDA y el lugar de trabajo”* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (La salud y la seguridad en el trabajo: colección de módulos), 1999. 75 p. [Consulta: 21 de febrero de 2021]. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09\\_334\\_span.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_334_span.pdf)

En él se estima que el riesgo de transmisión iatrogénica por exposición accidental es extremadamente bajo pudiendo constituir apenas un 0 – 0,76%).

<sup>48</sup> *“El principio de no-maleficencia hace referencia a la obligación de no infringir daño intencionadamente. Este principio se inscribe en la tradición de la máxima clásica primum non nocere («lo primero no dañar»).*

Así, la identificación de las vías de transmisión de la enfermedad junto con el resto de factores expuestos con anterioridad, supone qué: *“El riesgo de transmisión desde un trabajador (sanitario para el caso que nos ocupa) infectado a un paciente durante la provisión de cuidado sanitario de rutina que no supone un procedimiento invasivo es despreciable”* y como posteriormente expone en su obra ya citada, Ramiro Avilés Miguel A.: *“En esos casos se entiende que no puede haber ningún tipo de limitación para que la persona con VIH realice esas tareas. Si la hubiera, se trataría de un flagrante caso de discriminación ya que a la persona con VIH se le está tratando de forma diferente en comparación con una persona sin VIH y no existe una razón que lo justifique”*.<sup>49</sup>

Ahora bien, en España no existe una prohibición concreta y absoluta que impida el ejercicio profesional de sus funciones a los profesionales sanitarios con VIH. No obstante, existen una serie de recomendaciones llevadas a cabo por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.<sup>50</sup> Dichas recomendaciones abordan la posibilidad de la transmisión iatrogénica, suponiendo la única referencia a nivel estatal en esta materia.

**Recomendaciones (Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Transmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC), Ministerio de Sanidad (1998)):**

La primera de las recomendaciones hace referencia a los objetivos principales que se pretenden conseguir con las mismas, a saber:

- Se pretende proteger la salud de los pacientes a la vez que la confidencialidad de los profesionales sanitarios junto con su derecho al trabajo.

---

*Aunque la máxima como tal no se encuentra en los tratados hipocráticos, sí que existe una obligación de no maleficencia expresada en el juramento hipocrático. Así, sobre el uso del régimen para el beneficio de los pacientes, este juramento dice: «si es para su daño (...) lo impediré».* Siurana Aparisi J.C., *“Los principios de la Bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”*. Revista Veritas, núm.22, 2010, pp. 121-157.

<sup>49</sup> Henderson, D.K. et al. (2010), *“SHEA Guideline for Management of Healthcare Workers Who Are Infected with Hepatitis B Virus, Hepatitis C Virus, and/or Human Immunodeficiency Virus”*, Infection Control and Hospital Epidemiology, 31 (3): pp.203-32.

<sup>50</sup> *Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Transmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC)*, Ministerio de Sanidad (1998).

*“Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos”* Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (2001).

- Relaciona de manera específica (para el caso que aquí nos concierne) el VIH con el grado de infectividad (mayor o menor carga viral), así como con las características personales que cada infección tiene y sus riesgos de transmisión.
- Establece las “Precauciones Universales” (MPU) como pieza clave de prevención de la transmisión de la enfermedad de profesionales a pacientes y viceversa. Es decir, destaca el carácter bidireccional de las medidas.
- Entiende dicha Guía de Recomendaciones que no quedaría justificada la realización de controles sanitarios a los profesionales sanitarios o medidas destinadas a conocer su condición serológica si no ha habido una exposición a la sangre o fluidos de la persona infectada (sea médico o paciente).
- Por último, tiene como objetivo la actualización de las medidas que a continuación veremos, conforme a los avances científicos en la materia.

Comienza la Guía haciendo referencia a que con base en la evidencia científica actual, el riesgo de transmisión iatrogénica (médico-paciente) por medio de la sangre u otros fluidos en la realización de procedimientos sanitarios, es muy infrecuente. Máxime, matiza, si se aplican las MPU.

Centrándose en la transmisión del VIH, la Guía de Recomendaciones explica como la transmisión del VIH durante la realización de procedimientos tanto médicos como quirúrgicos o dentales, de un profesional a un paciente, es muy improbable; pasando a detallar la escasez de supuestos de transmisión iatrogénica en las últimas décadas<sup>51</sup>, llegando a la conclusión de que *“La evidencia que suministra la literatura y la experiencia de bastantes años de epidemia de infección por VIH permiten afirmar, que el riesgo de transmisión del VIH de un trabajador sanitario es muy remoto, y no justifica en absoluto el que pudiese realizarse un cribado serológico del personal sanitario como teórica medida de protección de los pacientes”*. (Gostin 2002: 72)

Poniendo de relieve esto, la Guía establece como uno de los principios generales del control de la infección, adoptar la máxima de que tanto la sangre como los líquidos corporales de los pacientes y profesionales sanitarios deben ser considerados

---

<sup>51</sup> Únicamente se han producido 4 casos de transmisión iatrogénica: uno en EEUU, dos en Francia y uno en España; si bien el denominador común de todos ellos fue no adoptar las MPU. Gostin, L.O. (2002), *“Rights and Duties of HIV Infected Health Care Professionals”*, Health Care Analysis, 10: pp.67-85.

potencialmente peligrosos<sup>52</sup>; justificando así la adopción de estas MPU frente a todos (evitando potenciales riesgos de infección también a las personas con VIH, pues igual que ellos pueden transmitir su enfermedad por inobservancia de dichas medidas, lo mismo les puede ocurrir si no se aplican al resto).

Con base en lo anterior, la Guía restringe las circunstancias en las que sí que podría existir un riesgo de transmisión iatrogénica *“a determinadas acciones con probabilidad de punción o cortes accidentales, en los que un accidente en el profesional durante un acto quirúrgico o/e invasor puede producir contaminación de los tejidos expuestos del paciente con la sangre del profesional sanitario”*.

Esto es lo que denomina como procedimientos invasores con riesgo de exposición accidental a virus de transmisión por sangre (PIPE); estableciéndolos como: *“aquellos en los que las manos enguantadas del trabajador pueden estar en contacto con instrumentos cortantes, puntas de aguja, o fragmentos de tejidos punzantes o cortantes (espículas de hueso, dientes), situadas en el interior de una cavidad abierta del cuerpo, herida o espacio anatómico, o aquellos en los que las manos o las puntas de los dedos pueden no estar completamente visibles durante o parte del procedimiento”*.

Por el contrario, descarta que procedimientos no son considerados como PIPE (y por tanto no entrañarían riesgo alguno de transmisión siempre y cuando se adopten las MPU), estableciendo a aquellos: *“en los que las manos o las puntas de los dedos del trabajador están visibles y fuera del cuerpo del paciente, durante todo el tiempo que dura el procedimiento, ni tampoco los exámenes internos o procedimientos que no requieran el uso de instrumentos cortantes”*. Ejemplos de ellos pueden ser procesos de extracción de sangre, sutura de heridas superficiales, incisión en abscesos no profundos, etc.

De esta manera, la guía propone que los profesionales sanitarios (de entre los que incluye a médicos, enfermeros, odontólogos...), sean clasificados en tres categorías en función del nivel de intervencionismo propio de su actividad profesional; así encontramos:

- A) Trabajadores sanitarios que nos realizan procedimientos invasores y aplican en su trabajo las MPU: Pueden desarrollar sus funciones laborales con normalidad, debiéndoseles practicar los controles médicos establecidos al efecto.

---

<sup>52</sup> En el mismo sentido: OSHA. *“Regulations on bloodborne pathogens”*. Occupational Exposure to Bloodborne Pathogens: Final Rule. Department of Labor. Federal Register. December 6, 1991; C.D.C. Recommendations for prevention of HIV transmission in health care settings. MMWR 1987; 36 (suppl 2S): 1S-18S y UK Health Departments. AIDS-HIV infected health care workers: guidance on the management of infected health care workers: London: Department of Health, March 1994.

- B) Trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores no incluidos entre lo que pueden predisponer a exposiciones accidentales y que aplican en su trabajo las MPU: Pueden continuar con sus funciones; si bien deberán someterse a los controles clínicos habituales; pudiendo su médico realizar las consultas que estime oportunas a la Comisión de Evaluación (Órgano compuesto por profesionales sanitarios del centro de trabajo encargado del estudio individualizado de cada caso).
- C) Trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores con riesgo de exposiciones accidentales: Aquí la Guía establece que debido a la escasa incidencia que la transmisión del VIH tiene entre médico – paciente y viceversa, no parece justificado establecer una limitación por la que todos los profesionales no puedan realizar determinadas funciones. Así, se aboga por el establecimiento de un seguimiento exhaustivo de la situación de cada profesional, teniendo en cuenta el tipo de procedimiento que realiza, su estado de salud en dicho momento y su actitud personal. Dicho seguimiento será examinado caso por caso por la comisión de evaluación correspondiente.

Son estos últimos casos en los que conforme a esta guía, se podrían aplicar las medidas restrictivas del art.22 LPRL anteriormente examinado; no quedando justificada la limitación de la realización de determinadas actividades propias de su profesión a sanitarios que no se encontrasen expresamente en las citadas categorías. Así, supone una discriminación por razón de enfermedad por ejemplo, prohibir a un enfermero llevar a cabo extracciones de sangre.

### **Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos**

Este segundo documento trata sobre las medidas específicas de aplicación a los profesionales sanitarios que llevan a cabo los procedimientos PIPE. Concretamente, para valorar la aptitud del trabajador respecto a la realización de las funciones que puede realizar, se deben llevar a cabo un estudio exhaustivo de la situación en la que se encuentre el profesional sanitario, analizando caso a caso:

- La carga viral y el recuento de CD4 en el momento de la intervención.
- El tipo de práctica profesional (normalmente asociado a determinadas intervenciones quirúrgicas).

- La capacidad y disposición del trabajador a la hora de adoptar las MPU.

A la hora de llevar a cabo limitaciones en las funciones de este personal PIPE, queda establecido que aquellas no pueden ser mayores o más restrictivas que para el resto de enfermedades cuya vía de transmisión sea similar y en las que se tengan establecidas las vías de transmisión.

La Society for Healthcare Epidemiology of America<sup>53</sup> establece en relación a estos profesionales PIPE que el mero hecho de tener VIH no puede ser motivo suficiente como para impedir que puedan llevar a cabo procedimientos invasores. Esta línea es la que siguen varios colegios profesionales como el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España<sup>54</sup> en los que se establece que el VIH no puede suponer una causa de justificación suficiente para limitar las intervenciones de los profesionales sanitarios; sin perjuicio dice de lo que se establezca para las intervenciones de los PIPE.

En este último supuesto es el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña el que se pronuncia estableciendo que los procedimientos PIPE, propios de determinadas intervenciones quirúrgicas, deben seguir las mismas recomendaciones que se establecen para evitar la transmisión a cualquier nivel por medio del uso de las MPU. Si bien, aboga por apartar a los profesionales PIPE de la realización de dichas intervenciones invasivas, siempre y cuando su carga viral se encuentre en cantidad tal, que pueda suponer un verdadero riesgo para la salud. Pudiendo volver a realizar sus funciones en cuanto su nivel de carga viral y CD4 disminuya.

Por lo tanto, conforme a la normativa existente a nivel nacional respecto a la posibilidad de limitar determinadas actuaciones en el desarrollo de sus funciones profesionales a los profesionales sanitarios, encontramos que en función del nivel de intervención que estas personas vayan a realizar y el nivel de carga viral en el momento en el que las vayan a realizar, podría quedar justificada una limitación en sus actuaciones, al menos respecto a los PIPES. Limitaciones que no serían definitivas, sino temporales hasta la disminución

---

<sup>53</sup> AIDS/TB Committee of the Society for Healthcare Epidemiology of America. Management of healthcare workers infected with Hepatitis B virus, Hepatitis C virus, Human immunodeficiency Virus, or other bloodborne pathogens. *Infect Control Hosp Epidemiol* 1997; 18: 349-363.

<sup>54</sup> Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. *Consideraciones médico-legales, deontológicas y éticas sobre el ejercicio de la odontología en España y la infección por el VIH* [en línea]. Madrid, 2012. 1 p.

de los niveles de carga viral; pudiendo volver a realizar las mismas en el momento en el que esto se produzca.

Distinto sería el caso de limitar las actividades de un profesional sanitario que no desarrolla procedimientos invasivos con predisposición a exposiciones por accidentes biológicos que puedan transmitir la enfermedad. Suponiendo cualquier limitación en este sentido un comportamiento discriminatorio y por tanto ilegal. Así, se ajusta perfectamente a Derecho, el hecho de que un cirujano pueda llevar a cabo intervenciones quirúrgicas, siempre y cuando mantenga los niveles de carga viral controladas y las medidas de prevención universales. Siendo lo primero imposible, podría pasar consulta o realizar cualquier función propia de su profesión hasta la disminución de la carga viral.

### **3.4 Necesidad de una nueva respuesta normativa**

El estudio de la normativa española actual, conforme a las disposiciones establecidas en la Guía, en materia de riesgo de transmisión iatrogénica, evidencia que por el transcurso del propio paso del tiempo, (el cual conlleva el avance conforme a la evidencia científica actual, en la mejor determinación de las vías de transmisión así como en la mejora de los tratamientos antirretrovirales) debe dar paso a una nueva política nacional que modifique las actuales condiciones de limitación de los derechos de los profesionales sanitarios con VIH.

Si nos atenemos a los avances que en el campo de los tratamientos contra el VIH se han producido, podemos determinar que el riesgo de transmisión iatrogénica debería determinarse conforme a una serie de factores como: su naturaleza (modo de transmisión), su probabilidad (posibilidad de transmisión), su severidad (magnitud del daño en caso de transmisión); pudiéndose actuar sobre el riesgo (mediante la adopción de MPU al ser conocidas las vías de transmisión), y la probabilidad (al ser ínfima la posibilidad de transmisión si se tiene carga viral indetectable); produciendo todo ello que el riesgo no sea tan significativo (Ramiro Avilés, M.A. y Salas Muñoz, I: 27).

A su vez, en línea con la conclusión ofrecida por Avilés Ramiro, MA, dichas recomendaciones contenidas en la guía al limitar derechos contravienen las disposiciones y criterios establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los juicios de necesidad, proporcionalidad y lesividad. Esto es así puesto que con la adopción

de las MPU (que producen idéntico resultado que las limitaciones de derechos en cuanto a la reducción del riesgo de transmisión en pro de la protección de la salud), las recomendaciones de la guía parecen ser mucho más lesivas que estas primeras y por ende contrarias a Derecho; quedando justificado un cambio normativo.

En este sentido, la Guía de *Prevención y Control de las Enfermedades Transmisibles en Atención Primaria* de la Consejería de Sanidad de la Comunidad, publicada en 2009<sup>55</sup>, considera que en atención al riesgo mínimo existente de transmisión de la enfermedad en procedimientos invasivos con riesgos de exposición, los trabajadores sanitarios con VIH no tendrían que ver limitadas sus actuaciones siempre y cuando llevasen a cabo un estricto cumplimiento de las MPU y fuesen conscientes de su estado serológico actuando de manera diligente.

Dejando claro los problemas presentados por esta guía como son, entre los ya citados, su desactualización al no tener en cuenta los nuevos avances científicos y por ende no ofrecer una respuesta individualizada en cada caso, generalizando o aplicando de manera general la norma; debemos mirar en otras Recomendaciones que constituyen auténticos espejos normativos en los que debiera reflejarse y conforme a la que debería actualizarse nuestra normativa actual.

Destaca en este sentido la actualización de la Guía SHEA de 2010 en la que se ofrece una información actualizada de cada tipo de virus y de los riesgos para la salud que se asocian a la labor desempeñada por los profesionales sanitarios. Aboga así por el establecimiento de medidas individuales que tengan en cuenta las circunstancias concretas, así como la distinta afección que puede provocar en los profesionales sanitarios. Recomendando en todo caso no restringir las actuaciones de los profesionales sanitarios en base al riesgo de transmisión de la enfermedad. De tal manera que solo se establezcan restricciones en función de la carga viral que se tenga.

Fundamenta este argumento bajo la existencia de una serie de factores que influyen en el riesgo a la hora de transmitir la enfermedad (Henderson *et al.* 2010: 211); destacando:

- El hecho de que se pueda transmitir la enfermedad o el patógeno por medio de una exposición percutánea (con una aguja) es de un 0,3 %, siendo en cualquier caso riesgo

---

<sup>55</sup> Guía de *Prevención y Control de las Enfermedades Transmisibles en Atención Primaria* de la Consejería de Sanidad de la Comunidad (2009). Consejería de Sanidad 2009: 109



aislado independientemente de la carga viral que se tenga (Ramiro Avilés, M.A; Henderson. 2010: 211).

- Debe tenerse en cuenta la frecuencia con la que el profesional sanitario sufre heridas por medio de las cuales pueda transmitir la enfermedad. Aquí entraría en juego tanto la experiencia como la pericia del profesional sanitario; siendo solventada en todo caso bajo programas de formación previos al ejercicio profesional.

- Frecuencia de la existencia de recontacto (exposición del profesional sanitario, seguida de la exposición al paciente). Por ejemplo en los casos en los que el profesional se corte con algún resto óseo punzante, *“la solución pasa por el reemplazo inmediato de la aguja de sutura contaminada o de otros objetos puntiagudos antes de reutilizarlos, así como el uso de guantes reforzados, de doble guante, de revestimiento de guantes (glove-liners) o de otros aparatos o materiales para proteger las manos del trabajador”* (Henderson et al. 2010: 212 y Ramiro Avilés, M.A).

- El factor carga viral del sujeto debe ser tenido en cuenta pues es cierto que puede suponer un mayor riesgo, al igual que la magnitud del riesgo de transmisión; si bien ambos han sido calculados en porcentajes ínfimos.

Por ello: *“La carga viral es el factor determinante para medir la peligrosidad pues se entiende que una persona con VIH con una carga viral igual o superior a  $5 \times 10^2$  GE/mL, independientemente de que use las medidas de precaución universal, supone un riesgo o una exposición al riesgo que es excesivo para los pacientes. En ese caso se aconseja limitar los procedimientos que el profesional sanitario con VIH puede realizar sin constituir un riesgo para la salud del paciente”*. (Ramiro Avilés, M.A. y Salas Muñoz, I).

## **CASOS ANALIZADOS EN LA CLÍNICA LEGAL**

En esta última parte del trabajo de final de máster, se tratará de aplicar todo lo analizado con anterioridad en la teoría a los casos planteados por los usuarios de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, en los que el autor de este trabajo ha tenido la oportunidad de trabajar.

Gracias a mi colaboración en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, he podido observar de primera mano cuales son las principales situaciones susceptibles de ser calificadas de discriminatorias, a las que se enfrentan las personas con VIH.

No es poco frecuente el asesoramiento a trabajadores que no saben si tienen que revelar su condición seropositiva al empleador o si deben consentir que les realicen controles de seguimiento de la salud destinados a conocer exclusivamente esta condición; así como cuál es el grado o alcance de intervención que pueden llevar a cabo con base en el desarrollo de las actividades propias de su actividad profesional. Incluso futuros estudiantes con VIH que preguntan por la posibilidad de acceder a carreras sanitarias.

Todo esto lleva a que, como veremos a lo largo del desarrollo de esta parte práctica, nos demos cuenta de que aún en pleno Siglo XXI, a pesar de las grandes conquistas alcanzadas en materia de igualdad y derechos fundamentales, existan a día de hoy colectivos que sufren por el mero hecho de tener una enfermedad crónica como es el VIH, limitaciones en sus derechos. Limitaciones que en muchos casos suponen auténticas vulneraciones de derechos fundamentales como el principio de igualdad, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, el derecho a la educación, y otros como el derecho a la libre elección de profesión u oficio.

## **CAPÍTULO IV. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS EN LOS USUARIOS DE LA CLÍNICA LEGAL**

### **4.1 Derecho a la intimidad personal**

#### **CASO 1. UAH-2020-72**

Esta fue mi primera consulta con la Clínica Legal. En ella tuve la oportunidad de asesorar a un auxiliar de enfermería que preguntaba acerca de las limitaciones de derechos a las que se podría enfrentar en su puesto de trabajo por razón de su enfermedad.

Más concretamente, el trabajador preguntaba sobre la obligatoriedad de que su empleador pudiese llevar a cabo controles de salud, así como en qué medida podía afectar esto en su derecho a la intimidad personal; a la hora de, precisamente revelar por medio de estas pruebas, su condición de persona con VIH + con carga viral indetectable y el impacto que precisamente esta condición de persona con una enfermedad crónica podría tener en su trabajo.

Si bien, a lo largo de la ficha se podrá ver como se asesora al usuario con respecto a su derecho constitucional a la intimidad personal, su derecho al trabajo, su derecho a la prohibición de discriminación, así como la escasa incidencia que su enfermedad (en niveles indetectables) podría ocasionarle en el desempeño del mismo al realizar labores perfectamente compatibles su profesión.

En primer lugar, se comenzó haciendo una introducción general de los derechos que como persona y como trabajador tenía. Así, se le introdujo desde una perspectiva jurídica el derecho a la igualdad y sus expresiones tanto en el Estatuto de los trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público, pues desconocíamos su condición laboral.

*“Basándonos en todo lo expuesto con anterioridad, podemos deducir que el principio de igualdad es “el derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente*

*aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2).*

*Es decir, un principio que consiste en la prohibición de tratar de manera desigual, sin causa de justificación, supuestos que son idénticos; de modo que cualquier diferencia entre ellos debe no sólo poseer una justificación objetiva y razonable, sino que, además, no puede provocar consecuencias desproporcionadas. Hay que distinguirlo así, del concepto de trato diferenciado. Así lo establece el TC en SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4; y 5/2007, de 15 de enero, FJ 2 cuando dice: “... el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”. Es decir, no se puede dispensar un trato diferente a situaciones que son idénticas y en caso de que exista un trato diferenciado este tiene que resultar proporcional respecto de la medida que se adopta, el resultado que produce y su finalidad.*

Más adelante, se le introduce el concepto de prohibición de discriminación, junto con la cláusula abierta del art.14 C.E por el que se le hace saber que una persona no puede ser discriminada por razón de una enfermedad de carácter crónico:

*“Derivado de la violación del principio de igualdad surge el principio de no discriminación: este principio se encuentra estrechamente relacionado con los valores inherentes a la dignidad de la persona. Parte de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carente de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.*

*El art. 14 CE mencionado con anterioridad, establece una serie de prohibiciones de discriminación por diversas causas como: raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Es decir, el principio de no discriminación pretende evitar aquellos supuestos, por ejemplo, en los que una mujer no es contratada en un determinado puesto de trabajo por ser mujer. Suponiendo así una vulneración del principio de prohibición de discriminación por sexo, dado que el género no es una causa de justificación suficiente para dispensar un trato diferente.*

*En la misma línea se pronuncia el TC en múltiples ocasiones: “Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como*

*factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4)”.*

*El hecho de que se solo se detallan determinados supuestos de prohibición de discriminación en el art.14 C.E no quiere decir que esta sea una lista cerrada en la que no quepan otros supuestos que provoquen discriminación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5, o 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3). El art. 14 CE no recoge ni la salud ni la discapacidad (las personas con VIH pueden ser discriminadas por su estado de salud o su supuesta discapacidad) dentro de la lista de los supuestos utilizados para dar un trato diferente discriminatorio a las personas; no obstante, a través de la cláusula abierta que otorga este precepto cuando dice “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, el Tribunal Constitucional ha entendido en STC 62/2008, (FJ 5 y 6):*

*“El estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.*

*Por lo tanto, partimos de la base de que la CE nos otorga una serie de derechos fundamentales a todos, sin distinción (pues en caso de dar un trato desigual ante una situación igual estaríamos ante un caso de discriminación), que se desarrollarán a través de leyes. Por ello, debe tener en cuenta que cualquier norma o actuación que le distinga por su condición de persona con VIH, será discriminatoria salvo que la misma cumpla con los criterios de proporcionalidad, en su propósito y efectos”.*

En la segunda parte de la consulta, se introdujo al usuario en los conceptos de derecho a la intimidad, recogido en el art.18 C.E así como las leyes concretas que desarrollan este derecho (LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Relacionando todo ello con el estado de salud como objeto de protección por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### ***“Derecho a la intimidad y VIH***

*En primer lugar, es preciso hacer referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), que en su art.1.1 dice que la ley tiene por objeto adaptar la normativa del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones. Este Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales.*

*La CE garantiza en su art. 18.1 el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos derechos se encuentran protegidos (de manera más exhaustiva, pues forman parte de los derechos fundamentales) mediante su redacción en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 1.1 de la misma, protege estos derechos de “todo género de intromisiones ilegítimas”, teniendo esta consideración según el art. 7.3 “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”. Todo ello con el objeto de garantizar al individuo (como dice STC 134/1999) “...un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”.*

*Esto quiere decir que si alguien divulga información íntima perteneciente a su vida privada (sin su expreso conocimiento), independientemente de que sea verdadera o falsa (STC 20/1992, STC 197/1991), estará cometiendo una intromisión ilegítima y podría ser motivo de denuncia.*

*Ahora bien, el estado de salud es una de las materias que se encuentran protegidas por el derecho a la intimidad, así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Z. contra Finlandia, 25 de febrero de 1997, cuando dice que: “la protección de datos personales, incluidos los datos médicos, es de importancia fundamental para que una persona disfrute de su derecho a que se respete su vida privada y familiar”. En esta sentencia se reconoce que el VIH y toda la información sobre el mismo, se encuentra dentro del ámbito de la intimidad de las personas, pues como sigue diciendo: “estas consideraciones son especialmente válidas en lo que concierne a la protección de la confidencialidad de la información de una persona con el VIH. La revelación de tal dato puede afectar dramáticamente a su vida privada y familiar, y también a su situación social y de empleo”.*

*Es precisamente esta línea (de incluir el estado de salud dentro del ámbito de la privacidad) la que sigue el Tribunal Constitucional, que en sentencias como STC 70/2009, entiende que los datos concernientes a la salud física o psíquica de una persona constituyen un elemento*

*importante de su vida privada y por tanto están protegidos por el derecho a la intimidad. Esto incluye que ningún tercero deberá difundir noticias en relación con su estado de salud, salvo que esté previsto por ley (STC 196/2004) ”*

Una vez se le explica esto, se relaciona lo expuesto con anterioridad a supuestos concretos en los que el usuario podría encontrarse y que serían contrarios a Derecho:

*“Por tanto, usted tiene el poder de controlar la difusión de la información que se refiere a su estado de salud (STC 115/2000), no teniendo porque revelarle a nadie que tiene VIH. De esta manera, la intimidad se consolida en nuestro Derecho como medio para impedir actos que pudiesen ser discriminatorios:*

- *No le pueden condicionar la aceptación en un empleo a la realización previa de un análisis de sangre (orientado a saber si tiene VIH). Así, establece el art.6.3 LOPD “No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.*
- *No pueden tratarle de manera diferente en su relación laboral por tener VIH (distinción en el reparto de las tareas a desarrollar, por ejemplo).*
- *No pueden despedirle por no someterse a un análisis de sangre (con los límites que le explicaré posteriormente).*

*Por todo ello, y como dice la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo” de 2001, los trabajadores/as no tienen la obligación legal de comunicar en su entorno laboral su condición, siendo esta opción voluntaria”.*

Manifestación de lo expuesto en la parte teórica de este trabajo, constituye el límite establecido al derecho a la intimidad. Una vez expuesto el contenido de este derecho, se le informa al usuario de la existencia de una serie de límites en dicho derecho, así como las garantías mínimas establecidas para los controles del seguimiento de la salud de los trabajadores por parte del empresario con fundamento en el Art.22 LPRL.

#### ***“Límites al derecho a la intimidad***

*El ya mencionado “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo” publicado por la OIT en 2001, señala que las empresas no deberían solicitar pruebas ni reconocimientos médicos relativos a la detección del VIH/SIDA en el futuro o actual personal; así como tampoco deberían exigirle la presentación de diagnósticos relativos a la infección.*

*La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en su art. 22 consolida la garantía que tienen los trabajadores de vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes a su trabajo. Esto constituye el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de salud en el trabajo (art. 19 ET) y también una obligación del empresario.*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los requisitos que deben cumplir los exámenes de salud, en sentencias como STC 196/2004, estableciendo:

- *Los controles de salud deben de ser voluntarios (el trabajador debe consentir el control de salud, no pudiendo imponerse de manera obligatoria, salvo en los supuestos que veremos posteriormente).*
- *El consentimiento informado: Esto significa que debe informarse al trabajador sobre el alcance de las pruebas que se le van a realizar, para así poder decidir si hacerlas o no. Este puede ser oral, no tiene que ser necesariamente dado por escrito (así lo afirma el TC). En la misma línea el art. 6.1 LOPD en relación con el art. 4.11 del Reglamento 2016/679 entiende por “consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*
- *Confidencialidad: El resultado de los análisis solo será conocido por el médico del Servicio de Prevención o Mutua y el paciente. El médico informará a la empresa si el trabajador es o no apto, sin dar detalles (salvo consentimiento del trabajador), pues impera el deber de secreto.*

*Por lo tanto, usted en principio, tendría derecho a negarse a realizar un examen de salud, tendría así mismo derecho a que le informen sobre el alcance de las pruebas que comprende dicho examen y la garantía de confidencialidad (art. 5.1 LOPD y art. 5.1.f del Reglamento 2016/679)*

*El art. 9.1 del Reglamento 2016/679 establece la prohibición de tratar los datos personales que revelen el origen étnico racial y el tratamiento de datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual de una persona física. Así, conforme al art. 9.1 LOPD no basta solo con el consentimiento del afectado, sino que se requiere de habilitación legal.*

*Esta necesidad de que exista una ley se requiere incluso para los casos en los que este derecho de privacidad se vea limitado debiendo revelar los datos personales en la siguientes situaciones: por razones de interés público esencial (debiendo ser proporcional al objeto perseguido y respetando la esencia del derecho con el establecimiento de medidas adecuadas), para evaluar la capacidad laboral del trabajador en virtud de un contrato con un profesional sanitario (siempre que sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional) y por razones de interés públicos en el ámbito de la salud pública”.*



Así, estas limitaciones pueden ser llevadas a cabo en las condiciones establecidas con anterioridad por varias leyes, destacando:

*El art. 22 de la LPRL establece un límite a esa voluntariedad de los controles sanitarios en el trabajo, haciéndolos exigibles para los casos en los que sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede suponer un riesgo para él mismo o para los demás trabajadores o personas en relación con la empresa.*

*Respecto a la vigilancia de la salud del trabajador por poder llegar a constituir un riesgo para sí mismo, de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, se puede deducir que esta medida tiene un carácter paternalista. Pues, como argumenta el TC: “La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”. Esto significa que toda persona es libre de asumir los riesgos de los que previamente ha sido informada, de tal manera que esta actitud protectora solo se justifica cuando prevalece el derecho a la integridad física por encima de la libertad individual (es decir, cuando se pretende evitar un riesgo o peligro cierto objetivable). Un ejemplo cotidiano es la imposición del uso del cinturón de seguridad en la conducción; que, de no emplearlo, supone una sanción.*

*También se excluye la voluntariedad cuando así lo disponga una ley.*

*De esta manera podemos encontrar algunos ejemplos de normativa sectorial aplicable en el ámbito del seguimiento de la salud a los sanitarios:*

*El art. 243 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social hace referencia a que todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad.*

Si bien, dichas limitaciones, siempre tendrán que responder ante un triple control: de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

*“El Tribunal Constitucional (STC 206/2007) se ha pronunciado sobre esta limitación del derecho a la intimidad (revelar su condición de VIH) y la protección de la salud pública o de terceras personas. Estableciendo cuáles son los requisitos que deben de adoptar las medidas que produzcan la reducción de su derecho a la intimidad en pro del derecho a la protección de la salud:*

- *Juicio de idoneidad: La medida llevada a cabo debe ser idónea para alcanzar el fin constitucional protegido. Es decir, si lo que se pretende es proteger la salud de terceros, se debe buscar una medida que sea la más adecuada, justificando la vulneración de su derecho a la intimidad (conociendo su condición de VIH). Ej.: En vez de una analítica, podrían proporcionarle material seguro para desempeñar su trabajo.*
- *Juicio de necesidad: Significa que la medida debe ser necesaria o imprescindible por ser “la última opción” porque no existen medidas menos lesivas de su derecho.*
- *Juicio de proporcionalidad: Que no sea desproporcionado el sacrificio del derecho fundamental en relación con la gravedad de los hechos y sospechas existentes.*

*Es más, conforme al art. 28 LOPD que remite a los contenidos de los arts. 24 y 25 del Reglamento, los responsables del tratamiento de los datos tendrán en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, aplicando medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento (art. 24.1 Reglamento 2016/679). Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario, teniendo en cuenta los mayores riesgos que podrían producirse en los siguientes supuestos (art. 28.2.d LOPD): “Cuando el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos”.*

Ante esto se le explica que a pesar de que puedan tratar de limitar su derecho a la intimidad con base en la protección de la salud de terceros o incluso la suya propia, la voluntariedad de los controles de salud prevalece, máxime cuando tanto por sus funciones a realizar, como por su carga viral indetectable y la observancia de las MPU, en modo alguno pone en riesgo la salud de terceros.

*“Por otra parte, muchas empresas se apoyan en este artículo 22 de la LPRL para realizar pruebas a sus empleados o incluso futuros empleados en procesos de selección, con la finalidad de detectar su positividad en VIH y así dar un trato diferente y discriminatorio.*

*Ahora bien, como ya sabrá, en los últimos años se han producido múltiples avances en la investigación del VIH (detectándose cuales son las vías de transmisión y estableciéndose tratamientos que reducen el impacto de la enfermedad). Así se puede llegar a la conclusión de que, siguiendo el mantenimiento de las recomendaciones de seguridad universales (de la OIT) y conociendo cuáles son las vías de transmisión, el hecho de que una persona pueda transmitir el*

*VIH a otra en su entorno laboral resulta muy improbable (imposible si tiene la carga viral indetectable) capacitándola perfectamente para trabajar.*

*De esta manera sería desproporcionado y no se ajustaría a Derecho el supuesto en el que le hiciesen una prueba de salud no imprescindible y destinada a conocer su condición (una serología) apoyándose en la idea de que su enfermedad puede resultar peligrosa en su entorno laboral. Por tanto, no pueden imponerle la realización de dicha prueba. Tampoco está obligado legalmente a informar sobre su condición (si no quiere). En cambio, podrían utilizar medidas que dañasen en menor medida su derecho a la intimidad y sirviesen para cumplir con el derecho de protección de la salud (y que cumpliría con los requisitos del TC) que le he comentado: Facilitarle material de trabajo adecuado (para evitar cualquier tipo de transmisión) o formarle en el mantenimiento de medidas de protección básicas. Estas medidas de prevención de la transmisión se deben utilizar por todos los trabajadores, así se consigue generar igualdad de trato.*

De esta lista de funciones se puede deducir que las que realiza un auxiliar de enfermería no implican un riesgo de transmisión del VIH, al no estar expuestos al mismo desempeño de funciones que el personal sanitario que realiza PIPES. Esto es debido a que este personal sanitario lo suelen constituir (por el desarrollo de sus funciones) los cirujanos (Cirugía Ortopédica y Traumatología, Cirugía General y del Aparato Digestivo, Cirugía Maxilofacial, Cirugía Vascular, Cirugía Torácica, Cirugía Cardíaca, Cirugía Plástica y Reparadora, Neurocirugía, Cirugía Pediátrica, Otorrinolaringología, Urología, Obstetricia y Ginecología, Oftalmología (en intervenciones de fractura de órbita y enucleaciones) y Anestesia (solo en caso de canalización arterial que incluya disección tisular)) y aquellas personas que tienen un contacto directo con esas cavidades de las que le hablaba.

De esta manera, dentro de las funciones que tiene que realizar como TCAE no se encuentra ninguna que pueda poner en contacto su sangre con los tejidos abiertos del paciente y por lo tanto no debería tener ninguna repercusión legal a la hora de desempeñar su trabajo, debiendo observar las precauciones universales que todo profesional de la salud debe tener en cuenta.

## 4.2 Derecho a la educación de profesiones sanitarias en personas con VIH

### CASO 2. CESIDA-2020-30

A lo largo de esta ficha se pone en práctica otra de las grandes preguntas que suelen hacer los usuarios de la Clínica Legal y es si tienen derecho a estudiar una profesión sanitaria, teniendo VIH. La respuesta, evidentemente es que sí, tienen derecho y de no poder acceder en condiciones de igualdad al resto de personas, estarían siendo discriminados por razón de su enfermedad vulnerando su derecho fundamental de acceso a la educación.

Así, en la ficha se analiza desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el recogido en el art.27 C.E y que garantiza el derecho a la educación en condiciones de igualdad; para posteriormente poder ejercer libremente su profesión con los límites ya estudiados.

Comenzamos asesorando al usuario sobre el contenido del principio de igualdad y no discriminación aplicado al derecho a la educación y en relación con la ley que regula el sistema educativo nacional y en particular a la ley que regula el sistema educativo catalán.

#### ***“Principio de igualdad y no discriminación en el ámbito educativo:***

*Otorga nuestra Constitución una serie de derechos y deberes de entre los que destaca el art.27 C.E; que dice lo siguiente: “Todos tienen el derecho a la educación...” Prosigue el mismo diciendo que: “La educación tendrá por objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.*

*Este precepto viene a decir que el derecho a la educación debe contemplarse bajo la atenta mirada del principio de igualdad y no discriminación del art.14 C.E; encontrándose presente en las distintas normas que regulan la educación tanto a nivel estatal como autonómico.*

*La norma de referencia en materia de educación a nivel estatal es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; cuyo artículo primero establece una serie de principios acordes con los valores constitucionales, asentados principalmente en el respeto a los derechos y libertades que en ella se recoge. Para nuestro caso, es de destacar el apartado b), el cual desarrolla el principio de equidad para: “... que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales,*

*económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad”.*

*Es decir, uno de los principios en los que se fundamenta el acceso a la educación en España, es el de facilitar ese mismo acceso en condiciones de igualdad de derechos, evitando así cualquier tipo de conducta que pueda suponer una limitación en el acceso a la misma y por tanto una discriminación al no garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al sistema educativo y por tanto a la educación. Este es un deber que tienen los poderes públicos, los cuales están obligados a actuar conforme a estos principios”.*

Posteriormente se entró a valorar el contenido de las disposiciones normativas sectoriales aplicables al caso concreto, en este caso las que conciernen a la Comunidad Autónoma de Cataluña:

*“Al ser la enseñanza objeto de consulta impartida en la Comunidad Autónoma de Cataluña, es preciso examinar la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ésta, en su art.4.1 establece la obligatoriedad de que los poderes públicos garanticen los derechos y deberes reconocidos en la Constitución; continuando el art.15.2 haciendo referencia a que: “Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”.*

*La norma básica sobre la que se desarrolla el sistema educativo catalán es la Ley 12/2009, del 10 de julio, de educación la cual reconoce en su artículo segundo los principios generales por los que se debe regir el sistema educativo. Así, destacan, entre otros:*

- A) El respeto de los derechos y los deberes que se derivan de la Constitución, del Estatuto y del resto de legislación vigente.*
- B) La transmisión y consolidación de los valores propios de una sociedad democrática: la libertad personal, la responsabilidad, la solidaridad, el respeto y la igualdad.*
- C) La universalidad y la equidad como garantía de igualdad de oportunidades y la integración de todos los colectivos, basada en la corresponsabilidad de todos los centros sostenidos con fondos públicos”*

Así, se le explica al usuario el concepto de igualdad y su diferencia con el trato diferenciado, así como se le expone el concepto de prohibición de discriminación

*Basándonos en todo lo expuesto con anterioridad, podemos deducir que el principio de igualdad es “el derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los*

*poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2).*

*Es decir, nos encontramos ante un principio que consiste en la prohibición de tratar de manera desigual, sin causa de justificación, supuestos que son idénticos; de modo que cualquier diferencia entre ellos debe no sólo poseer una justificación objetiva y razonable, sino que, además, no puede provocar consecuencias desproporcionadas.*

*Hay que distinguirlo así, del concepto de trato diferenciado. Así lo establece el TC en SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4; y 5/2007, de 15 de enero, FJ 2 cuando dice: “... el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”. Es decir, no se puede dispensar un trato diferente a situaciones que son idénticas y en caso de que exista un trato diferenciado este tiene que resultar proporcional respecto de la medida que se adopta, el resultado que produce y su finalidad.*

*Derivado de la violación del principio de igualdad surge el principio de no discriminación: este principio se encuentra estrechamente relacionado con los valores inherentes a la dignidad de la persona. Parte de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carente de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.*

*El art. 14 CE mencionado con anterioridad, establece una serie de prohibiciones de discriminación por diversas causas como: raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

*Es decir, el principio de no discriminación pretende evitar aquellos supuestos, por ejemplo, en los que una mujer no es contratada en un determinado puesto de trabajo por ser mujer. Suponiendo así una vulneración del principio de prohibición de discriminación por sexo, dado que el género no es una causa de justificación suficiente para dispensar un trato diferente.*

*Se llega a la conclusión, por tanto que el futuro estudiante no solo tiene derecho a poder estudiar una profesión sanitaria, si no que tiene derecho a trabajar en la misma; siendo*

cualquier acto que le impida ejercer dichos derechos, totalmente discriminatorio y contrario a Derecho.

*Por lo tanto, partimos de la base de que la CE nos otorga una serie de derechos fundamentales a todos, sin distinción (pues en caso de dar un trato desigual ante una situación igual estaríamos ante un caso de discriminación), que se desarrollarán a través de leyes. Por ello, debe tener en cuenta que cualquier norma o actuación que le distinga por su condición de persona con VIH, será discriminatoria salvo que la misma cumpla con los criterios de proporcionalidad, en su propósito y efectos.*

*En este sentido, se prevé que el usuario (el cual está bajo tratamiento) acabe teniendo la carga viral indetectable, lo que, sumado a que las vías de transmisión del VIH en la actualidad son totalmente conocidas, hacen que el riesgo de transmisión en un entorno educativo resulte improbable. Por lo que las prácticas que realice en el grado superior, que no tienen por qué consistir en cirugías complejas de las que se puedan derivar transmisiones de fluidos (y por tanto transmisión del virus), hacen presagiar que impedir que esta persona pueda acceder a cursar sus estudios en odontología, contraviene los principios de igualdad y no discriminación en su acceso a la educación (resultando desproporcionada adoptar esa medida).*

### 4.3 Límites en el ejercicio del derecho al trabajo en profesionales sanitarios que realizan procedimientos con alto grado de intervención

#### CASO 3. UAH-2020-115

En esta ficha tratamos precisamente las dudas del usuario respecto a su derecho y el grado de intervención que podrá realizar en su futuro ejercicio profesional. Así podremos apreciar a lo largo la consulta como en función de la carga viral y el mayor o menor grado de intervención en el ejercicio de su profesión se puede ver este más o menos limitado; siéndole de aplicación las Recomendaciones del Ministerio de Sanidad para llevar a cabo cirugías invasivas como la “cirugía a colgajo”.

Comienza el asesoramiento al usuario haciendo referencia a la normativa limitativa del ejercicio de las profesiones sanitarias en España. Se analiza la categorización en función del nivel de intervención realizada y se analiza el caso especial de los profesionales que realizan procedimientos con predisposición a exposiciones.

#### ***“VIH y profesiones sanitarias***

*Tanto la Organización Internacional del Trabajo, como el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España y el Colegio de Médicos de Cataluña, establecen que el riesgo de transmisión de VIH (la OIT lo fija en algunos estudios entre un 0 y 0,76%) de un profesional sanitario a sus compañeros o pacientes es improbable, siendo el riesgo aún menor si se adoptan medidas de precaución universales (que se deben de aplicar siempre con todos los pacientes). Si bien, estos datos deberán ser actualizados teniendo en cuenta las diferentes actividades y el U=U (la campaña global Indetectable = Intransmisible, I=I es la campaña global que visibiliza que una persona con VIH en tratamiento, manteniendo la carga viral indetectable por más de seis meses, no transmite el virus a otras personas por vía sexual; no en sangre, aunque tampoco existen evidencias que digan lo contrario con respecto a esta última).*

- c. *En el caso de España existen dos documentos de referencia sobre la transmisión iatrogénica del VIH en las profesiones sanitarias (la transmisión del VIH en el contexto de las profesiones sanitarias) que son **1. Recomendaciones Relativas a los Profesionales Sanitarios Portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Otros Virus Transmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC) del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social:***



*Esta guía reconoce que las infecciones como el VIH (producidas por virus transmisibles por sangre), son poco frecuentes, y que su riesgo de transmisión depende del tipo de virus de que se trate. Este riesgo de transmisión se reduce significativamente, continúa diciendo la guía, si se aplican los procedimientos de control de infección establecidos para cada profesión y las conocidas como “precauciones universales”. Así, se asume que tanto la sangre como los fluidos corporales de todas las personas son potencialmente infecciosas, y no solo las de portadores de VIH.*

*La guía argumenta el bajo riesgo de infección en las instituciones sanitarias, en base a que son conocidas las vías de transmisión del VIH y existe una escasa documentación de casos en los que se haya producido esta transmisión o dado riesgo de infección en dichas instituciones sanitarias. Así, según su la actividad profesional que desempeñen los profesionales sanitarios portadores del virus, se establece una clasificación en la que se diferencian tres categorías:*

- A. Trabajadores sanitarios que no realizan procedimientos invasores y que aplican en su trabajo las Precauciones Universales: De estos se dice que pueden continuar con su labor habitual, debiéndoseles practicar los controles médicos adecuados. Ej.: Auxiliar de enfermería.*
- B. Trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores no incluidos entre los que pueden predisponer a exposiciones accidentales y que aplican en su trabajo las Precauciones Universales: Pueden continuar con el desarrollo de sus labores habituales, llevando a cabo sus controles clínicos. Su médico puede realizar las consultas que estime oportunas a la comisión de evaluación correspondiente (que se encarga de tratar los casos de manera individualizada, sirve de órgano de consultas para los trabajadores, evalúa a los trabajadores PIPE (personal sanitario que realiza Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposiciones) y propone adoptar medidas). Siempre se mantendrá la confidencialidad del trabajador portador de VIH.*
- C. Trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores con riesgo de exposición accidentales: Aquí encontraríamos cirugías complejas e invasivas en las que podría darse un mayor riesgo que en el resto de exposición accidental. Opta por recomendar medidas individualizadas de las decisiones que se adopten en base a que la evidencia científica respalda un riesgo extremadamente bajo de transmisión del VIH médico-paciente.*

*Por lo que, con respecto a las profesiones sanitarias, únicamente serían potencialmente arriesgados los PIPES (aquellos procedimientos en los que existe riesgo de que un accidente de un trabajador o trabajadora sanitaria pueda poner en contacto su sangre con los tejidos abiertos del paciente). Estos procedimientos incluyen aquellos que se realizan dentro de una cavidad*

*abierta, herida o espacio poco visualizado del paciente, en el que las manos o las puntas de los dedos, incluso con guante, del trabajador sanitario no están visibles durante todo el tiempo, estando en contacto con instrumentos cortantes, puntas de agujas o tejidos cortantes (espículas de huesos o dientes).*

*Estos trabajadores, por tanto, sí que podrían verse afectados por las restricciones del art.22 LPRL, para proteger la salud de terceras personas (de la que le hablaré en el siguiente apartado).*

## ***2. Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud:***

*Este protocolo contempla medidas específicas para el ejercicio de los PIPES (el personal sanitario que realiza Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposiciones) cuando tenga una carga superior a 200 copias/ml.*

*Por lo tanto, estaría en este caso justificado con base en la salud de terceros, que este personal con VIH dejara de realizar estas intervenciones, aunque podría seguir realizando otras tareas relacionadas con su ocupación. En todo caso, esta medida sería temporal, hasta que su carga viral se encuentre por debajo de 200 copias/ml.”.*

Una vez desarrollada la normativa de referencia, se pasa a la exposición concreta de la normativa específica de aplicación en la profesión del usuario; la odontología. Se le explica el valor de las disposiciones contenidas en los Colegios Profesionales, así como los principales documentos que tratan sobre la materia:

*“Ahora bien, a continuación, le comento cuáles son las funciones que debe realizar un profesional de la odontología, para comprobar, en base a todo lo expuesto con anterioridad, como le puede afectar su condición de futuro trabajador con VIH.*

*El art. 36 de la Constitución Española (C.E), establece que “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”.*

*En este sentido, tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional han otorgado valor normativo a los Código deontológicos aprobados por los colegios profesionales, con sentencias como STC 219/1989, de 21 de diciembre que dice: “...las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar.... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y*

*dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial»”. Es decir, el contenido de los códigos deontológicos, en su caso, el de odontología, constituyen verdaderas normas que rigen su profesión y cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones.*

*El art.2 a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, establece la odontología como una profesión sanitaria comprendida dentro del nivel de licenciado; a la que atribuye el art. 6.1 “la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo” dictando el art.6.2 c) de la misma ley cuáles son sus funciones propias:*

*c) Dentistas: corresponde a los Licenciados en Odontología y a los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud bucodental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud bucodental*

*Así el desarrollo de la profesión de odontólogo se recoge en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, cuyo artículo primero, párrafo segundo establece que los odontólogos “... tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos”. Esta ley se desarrolla más concretamente por medio del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental, que confirma lo anterior.*

*A todo esto, se debe de sumar el “Protocolo de actuación ante accidente con material biológico en consultas dentales” de la Organización colegial de dentistas de España de 2010. Es un protocolo interno en el que se especifican las pautas de actuación para tratar con pacientes con VIH y con el odontólogo portador del VIH para casos de accidente con material biológico. Este documento es vital, pues regula la actividad de los odontólogos y crea la lex artis ad hoc; es decir, una construcción creada por los tribunales de justicia, de entre los cuales destaca la definición otorgada por la STS de 11 de marzo de 1991: “...aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores*

*endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”.*

*Esto viene a significar que la lex artis ad hoc se considera como el conjunto de prácticas médicas aceptadas como adecuadas para tratar al enfermo en el momento de que se trata. Así, el seguimiento de las pautas establecidas en el contenido de este protocolo formará la adecuada manera de actuar en su profesión, dadas sus circunstancias.*

A continuación se pasa a detallar el contenido que dicho protocolo hace respecto a la transmisión del VIH así como su escaso riesgo habida cuenta de las MPU y la delimitación de las vías de transmisión:

*“En dicho protocolo se establece que el riesgo de accidente biológico de VIH es bajo, entendiendo por accidente biológico según la guía: “Se considera exposición o accidente biológico (AB), el contacto con sangre, fluidos biológicos (u otros líquidos mezclados con sangre) a través de inoculación percutánea, herida abierta, piel erosionada o mucosas, durante el desarrollo de actividad laboral”. Concluye la guía haciendo referencia a la protección de toda persona con VIH (independientemente de que se dedique al sector sanitario o no) y, por tanto, en base a que la legislación española no lo prohíbe expresamente, utilizando las medidas de precaución universales, un odontólogo puede tanto estudiar y posteriormente ejercer como tal.*

*Por todo ello, teniendo en cuenta que en los últimos años se han producido múltiples avances en la investigación del VIH (detectándose cuales son las vías de transmisión y estableciéndose tratamientos que reducen el impacto de la enfermedad), se puede llegar a la conclusión de que, siguiendo el mantenimiento de las recomendaciones de seguridad universales (de la OIT) y conociendo cuáles son las vías de transmisión, el hecho de que una persona pueda transmitir el VIH a otra en su entorno laboral resulta muy improbable (imposible si tiene la carga viral indetectable) capacitándola perfectamente para el estudio de una profesión como la odontología y su ejercicio (con la mayor observancia de precauciones en los procedimientos más invasivos expuestos con anterioridad)”.*

Por último, se analiza el caso concreto que pregunta el usuario, la cirugía a colgajo. Describiendo en qué consiste, así como su nivel de intervención y los supuestos en los que se le podrían aplicar las limitaciones normativas examinadas con anterioridad:

*“Aquí es donde entra en juego el supuesto que nos ha planteado de “cirugía dental a colgajo”. Según el Colegio de odontólogos y estomatólogos de Alicante, la cirugía a colgajo consiste en la técnica usada para levantar la encía. Entendiéndose por colgajo, aquel “trozo de tejido gingival parcialmente separado, movilizado para acceder al hueso alveolar”. Este está compuesto por una mucosa que rodea al diente y que durante el acto quirúrgico se separa parcialmente y se levanta manteniendo su unión al resto del tejido a través de una pequeña porción a la que se denomina pedículo. Por lo general, esta maniobra es utilizada para lograr una mejor accesibilidad a la zona donde se ha de intervenir, con posterior sutura.*

*Esta cirugía, debido a su complejidad, podría suponer un riesgo de transmisión iatrogénica (de profesional a paciente y viceversa), pues supone una intervención invasiva en la que (a pesar de suponer un riesgo extremadamente bajo) podría producirse exposición biológica (tenga en cuenta que estaría en contacto con una cavidad bucal de difícil acceso y en la que podría estar en contacto con huesos astillados que rompiesen su guante; por ejemplo). Por ello, si tuviese que llevar a cabo este tipo de cirugía; en base a los documentos que le he mencionado anteriormente, tendría que tomar medidas individualizadas de prevención (pues su carga viral, como nos comenta, es indetectable). El único caso en el que no podría llevar a cabo dicha cirugía sería aquel en el que su carga viral fuese superior a 200 copias/ml (como viene recogido en el documento anteriormente señalado); medida que sería temporal, pues cuando su carga viral descendiese, podría volver a realizar la operación con las medidas individualizadas que le comentaba”.*

En línea con lo expuesto con anterioridad, a saber, la determinación de las actuaciones que un profesional con VIH puede desempeñar sin ver limitados sus derechos al libre desarrollo del ejercicio de su profesión, llegó una última consulta de la que no se quiere perder la oportunidad de analizar. Esto es así, pues supone un nuevo ejemplo de la preocupación por los profesionales sanitarios afectados por esta enfermedad con respecto a si pueden seguir desempeñando dichas funciones.

Esta ficha trata sobre el caso de un fisioterapeuta VIH + el cual pregunta sobre la posibilidad de ejercer determinadas intervenciones propias de su profesión como es una técnica conocida como “Punción Seca”.

En este sentido, se asesora al usuario haciendo referencia al escaso riesgo de transmisión iatrogénica del virus, siempre y cuando se adopten medidas de protección universales, las cuales se consideran como medidas bidireccionales (se espera la misma diligencia en el uso de las medidas de protección adecuadas tanto en el que las realiza como cuando se las realizan a él). Debiendo ser las mismas proporcionadas por el empleador en todo caso.

Así, podemos observar nuevamente la incidencia que el VIH tiene en el ejercicio de una profesión sanitaria en función del grado de intervención que se pretenda llevar a cabo en el desempeño de su profesión. Al igual que las limitaciones que ello podría suponer en el ejercicio de sus derechos.

*“Tal y como nos ha descrito, la punción seca no se consideraría un procedimiento invasor, de tal manera que actuando como lo lleva haciendo a día de hoy; es decir, con el empleo de precauciones universales que todo profesional de la salud debe de conocer, así como elementos como los que ha descrito (guantes, desinfección de la zona etc...), no debería encontrarse con ningún obstáculo legal que le impidiese la realización de esta técnica que forma parte de su profesión”.*

Destaca esta ficha, pues introducimos al usuario el concepto de las medidas de prevención como concepto de carácter bidireccional:

*“Es más, en relación con su otra consulta concerniente a la necesidad de revelar a sus compañeros de trabajo (sobre los que se aplique esta técnica de manera recíproca), que tiene VIH, debe tener en cuenta que las mismas medidas que usted emplea para no infectar a nadie (pacientes y compañeros) las deben de aplicar sobre usted cuando le practiquen esta técnica con el fin de no infectarle. A esto se le conoce como medidas de protección bidireccional y consisten principalmente en el empleo de medidas de seguridad que eviten infecciones y cualquier tipo de comportamiento no diligente por parte de un profesional sanitario, aplicado de manera recíproca. Es decir, si usted emplea guantes, desinfecta la zona, tiene cuidado de no pincharse con la aguja etc.... no debe esperar menos de un compañero de trabajo que efectúe esa misma técnica sobre usted.*

*Por lo tanto, en un principio no tendría por qué revelar su estado de salud a sus compañeros, pues una actuación diligente por parte de ambos, tiene como fin evitar cualquier tipo de exposición accidental, (que como ya le comenté es improbable que ocurra si se preservan las medidas de precaución universales) y por tanto (como le comentaré en el siguiente apartado), no limitaría su derecho a la intimidad el cual permanecería intacto, pues no se pondría en riesgo la salud de terceros”.*

## CONCLUSIONES AL TFM

1. El presente trabajo de fin de máster ha pretendido poner de manifiesto la situación jurídica en la que se encuentran las personas que tienen una enfermedad crónica como es el VIH; así como la medida en la que por el hecho de tener dicha enfermedad pueden verse condicionadas sus relaciones jurídicas y afectados sus derechos fundamentales que como seres humanos tienen por el mero hecho de serlo. Haciendo una referencia específica a los derechos de los profesionales sanitarios con VIH en el ejercicio de sus funciones.
2. Tomando como referencia un análisis genérico del concepto de igualdad así como de la prohibición de discriminación y sus tipos, se ha podido comprobar cómo tanto la Constitución Española así como el resto del ordenamiento jurídico prohíben la discriminación de colectivos (personas con VIH) que por determinadas condiciones (enfermedad crónica derivada de su estado serológico) sufren tratos diferenciados, desproporcionados e injustificados que los posicionan en situaciones de indefensión y desventaja con el resto; condicionando y vulnerando el ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.
3. Así, con base en los estigmas generados por los prejuicios existentes hacia este colectivo, basados principalmente en la falsa creencia del riesgo elevado de transmisión que puede suponer una enfermedad infecciosa como es el VIH; a lo largo del presente trabajo se ha tratado de transmitir al lector la idea de que la evidencia científica actual ha conseguido demostrar que el cúmulo de determinados factores como son: el reconocimiento de las vías de transmisión de la enfermedad, el desarrollo de nuevos medicamentos antirretrovirales que mejoran significativamente la esperanza y calidad de vida de las personas con VIH, así como la aplicación de las Medidas de Precaución Universales, suponen que el riesgo de transmisión de la enfermedad sea muy poco probable.
4. Esto último ha sido aplicado de manera concreta, gracias al trabajo realizado como voluntario en la Clínica Legal, al caso de la transmisión iatrogénica en los

profesionales sanitarios con VIH. Profesionales sanitarios, que como se ha podido apreciar, con base en el derecho a la protección de la salud de terceros, han visto limitados o incluso suprimidos sus derechos en el ejercicio de las funciones que les son propias de su profesión. Afectando entre otros a sus derechos a la libertad de elección de profesión u oficio, a la intimidad personal, a la educación o a la igualdad de trato y no discriminación.

5. De esta manera, hemos podido estudiar la principal referencia normativa que trata esta materia, consistente en una serie de recomendaciones del Ministerio de Sanidad obsoletas y que no tienen en cuenta ni las circunstancias personales de dichos profesionales, ni los avances científicos actuales que establecen que una persona que mantenga su carga viral indetectable, se someta al tratamiento antirretroviral correctamente y lleve a cabo las Medidas de Precaución Universales, no puede suponer riesgo alguno para la salud de terceros.
6. Por ello, a lo largo del presente trabajo se ha denunciado que la aplicación de determinadas medidas (que con base en esa protección de la salud de terceros) consisten en que una persona con carga viral indetectable y que adopta las Medidas de Precaución Universales, no pueda realizar determinados procedimientos invasivos o no pueda ejercer su profesión en determinadas circunstancias, suponen auténticas vulneraciones de los derechos de estos profesionales. Esto es así pues la constitución no prohíbe el trato diferenciado, si no la discriminación, la cual se produce mediante la adopción de medidas desproporcionadas.
7. Máxime cuando tanto la evidencia científica actual como el conocimiento de las vías de transmisión y la adopción de dichas medidas de precaución universales evidencian el carácter desproporcionado y lesivo de las mismas, habida cuenta del escaso riesgo que comporta en la salud de terceros. No pudiendo en modo alguno quedar justificadas bajo dicho pretexto, al existir medidas menos desproporcionadas y lesivas que no implicarían dicha supresión de derechos y no pondrían en riesgo la salud de terceros.



Suponiendo como única excepción el caso de aquellos profesionales que realice procedimientos con predisposición a exposiciones accidentales, con carga viral elevada y que no realice o siga correctamente su tratamiento antirretroviral.

8. Aboga así el autor de este trabajo por una actualización normativa que incluya los nuevos avances científicos que establecen el escaso riesgo de transmisión de la enfermedad bajo la adopción de las citadas medidas; así como por la elaboración de una normativa específica que haga titulares de derechos específicos a estas personas por el mero hecho de su estado serológico. Pudiendo de esta manera romper con las barreras a las que se enfrenta día a día este colectivo y cumplir así con el espíritu de las disposiciones de derecho antidiscriminatorio.

## BIBLIOGRAFÍA

*Acuerdo del Consejo de Ministros del 5 de junio de 1987, por el que se crea la Comisión Nacional de Coordinación y Seguimiento de Programas de Prevención del Sida, y se habilitan medios para la adopción de medidas de control de esta enfermedad*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (1987).

AIDS/TB Committee of the Society for Healthcare Epidemiology of America. Management of healthcare workers infected with Hepatitis B virus, Hepatitis C virus, Human immunodeficiency Virus, or other bloodborne pathogens. *Infect Control Hosp Epidemiol* 1997; 18: 349-363.

Centros para el Control y Prevención de Enfermedades. *¿Cómo se transmite el VIH de una persona a otra?* Atlanta: CDC, 2018.

Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. *Consideraciones médico-legales, deontológicas y éticas sobre el ejercicio de la odontología en España y la infección por el VIH*. Madrid, 2012. p1.

Cobrerros Mendoza, E., “*Discriminación por indiferenciación: Estudio y Propuesta*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.81, Madrid, 2008, pp. 71-114.

Delgado-Iribarren García, M. “*Sinopsis artículo 1*”, Congreso de los Diputados, junio, 2005. Disponible en:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=1&tipo=2>

Fernández Delpuech L., “*Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*”. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, Primera edición, P.72.

García-Cuevas Roque, E., “*La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación*”, Revista de Derecho UNED, núm.16, 2015, pp.251-252.

Gostin, L.O. (2002), “*Rights and Duties of HIV Infected Health Care Professionals*”, Health Care Analysis, 10: pp.67-85.

*Guía de Prevención y Control de las Enfermedades Transmisibles en Atención Primaria* de la Consejería de Sanidad de la Comunidad, publicada en 2009 Consejería de Sanidad 2009: 109

Henderson, D.K. et al. (2010), “*SHEA Guideline for Management of Healthcare Workers Who Are Infected with Hepatitis B Virus, Hepatitis C Virus, and/or Human Immunodeficiency Virus*”, Infection Control and Hospital Epidemiology, 31 (3): pp.203-32.

Hernández Calleja, A., “*Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios*”, [en línea]. Guía de Buenas Prácticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000. [Consulta el 4 de enero de 2021]. Disponible en: [https://www.insst.es/documents/94886/326775/ntp\\_700.pdf/fbc6db4c-1e8e-4b0f-bbcc-1c953b4da232](https://www.insst.es/documents/94886/326775/ntp_700.pdf/fbc6db4c-1e8e-4b0f-bbcc-1c953b4da232)

*Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida*. Ministerio de Sanidad y Consumo.

Montoya Melgar, A. Y Sánchez-Uran Azaña, E., “*La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*”, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 1-10.

OSHA. “*Regulations on bloodborne pathogens*”. Occupational Exposure to Bloodborne Pathogens: Final Rule. Department of Labor. Federal Register. December 6, 1991; C.D.C. Recommendations for prevention of HIV transmission in health care settings. MMWR 1987; 36 (suppl 2S): 1S-18S y UK Health Departments. AIDS-HIV infected health care workers: guidance on the management of infected health care workers: London: Department of Health, March 1994.

Pérez Royo, J., “*La doctrina del Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm.10, Madrid, 1984, pp.172.

*Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos*. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (2001).

Ramiro Avilés, M.A. Y Ramírez Carvajal, P., “*Discriminación por Razón del VIH: Los Casos de la Clínica Legal en 2015*”, Proyecto Clínica Legal de CESIDA, 2015.

Ramiro Avilés, M.A. Y Salas Muñoz, I., “*El VIH y las profesiones sanitarias: La transmisión iatrogénica del VIH*”. Proyecto Clínica legal de CESIDA.

Ramiro Avilés, M.A. (2010), “*El VIH y el principio de igualdad*”, *Historia clínica y protección de datos personales. Especial referencia al registro obligatorio de los portadores del VIH*, A. Garriga y S. Álvarez (dirs.), Madrid: Dykinson, pp. 111-133.

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.4 en línea]. [Consulta: 9 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://www.rae.es/>

*Recomendaciones relativas a los profesionales portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), y Otros Virus Trasmisibles por Sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC)*, Ministerio de Sanidad (1998).

*Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* Organización Internacional del Trabajo (2002) y Organización Internacional del Trabajo. *Texto de recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2010. 13 p. [Consulta: 21 de enero de 2019]. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/normativeinstrument/wcms\\_142708.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_142708.pdf)

*Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* Organización Internacional del Trabajo (2002) y Organización Internacional del Trabajo.

*Texto de recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo* [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2010. 13 p. [Consulta: 21 de enero de 2021]. Disponible en: [https://www.who.int/hiv/pub/prev\\_care/who\\_iloguidelines\\_sp.pdf](https://www.who.int/hiv/pub/prev_care/who_iloguidelines_sp.pdf)

Ridaura Martínez M.<sup>a</sup> J, (2013). Derecho Constitucional. En: RIDAURA MARTÍNEZ M.<sup>a</sup> J, “*El principio y derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 1-18.

Roskam, E. “*El SIDA y el lugar de trabajo*” [en línea]. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (La salud y la seguridad en el trabajo: colección de módulos), 1999. 75 p. [Consulta: 21 de febrero de 2021]. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09\\_334\\_span.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_334_span.pdf)

Siurana Aparisi J.C., “*Los principios de la Bioética y el surgimiento de una bioética intercultural*”. Revista Veritas, núm.22, 2010, pp. 121-157.

*¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio haya de excluirse a las personas con virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)? Informe, Trabajando en Positivo, 2019.*

## ANEXO DE LEGISLACIÓN

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012. *Diario Oficial de la Unión Europea DOUE*» núm. 326, de 26 de octubre, p. 391 – 412.

Reglamento (UE) nº 679/2016 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea* L nº119, de 4 de mayo de 2016.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. *Diario Oficial de la Unión Europea* L nº 204, de 26 de julio de 2006.

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115.

España. Ley Orgánica 3/2018 de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

España. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *Boletín Oficial del Estado*, 23 de marzo de 2007, núm.71.

España. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de mayo de 2006, núm. 106.

España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, *Boletín Oficial del Estado*, 22 de noviembre de 2003, núm. 280.

España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de noviembre de 1995, núm. 269.

España. Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de marzo de 1986, núm. 68.

España. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

España. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de enero de 2000, núm. 22.



España. Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de octubre de 2003, núm. 238.

España. Real Decreto 592/1993, de 23 de abril, por el que se determina la composición y el funcionamiento de la Comisión Nacional de Coordinación y Seguimiento de Programas de Prevención del Sida, *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de mayo de 1994, núm. 109.

España. Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de abril de 1987, núm. 91.

## ANEXO DE JURISPRUDENCIA

*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Solicitud nº 34369/97), Caso Thlimmenos c. Grecia, de 16 de abril de 2002:* Trata sobre la prohibición de discriminación en el ámbito europeo. Introduce el concepto de discriminación por indiferenciación.

*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Demanda nº 22009/93), Caso Z. contra Finlandia, 25 de febrero de 1997:* En ella se introduce el VIH en la esfera del derecho a la intimidad.

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2018, C-303/06, Caso S. Coleman:* Introduce el concepto de discriminación por asociación.

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, Caso Daouidi:* Amplía el concepto de persona con discapacidad incluyendo a las personas con una enfermedad crónica.

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, Caso HK Danmark y otros:* Amplía el concepto de persona con discapacidad incluyendo a las personas con una enfermedad crónica.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo, (FJ 2):* Hace referencia al principio de igualdad y tratamiento diferenciado.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo, (FJ 2):* Entiende que los datos de salud de una persona se encuentran recogidos dentro de su vida privada.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, (FJ 5 y 6):* Habla sobre la discriminación por razón de salud.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 16 de diciembre, (FJ 4):* Establece los requisitos de la limitación del derecho a la intimidad en pro del derecho a la protección de la salud y terceros.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril, (FJ 4):* Argumenta el rechazo a la discriminación por indiferenciación. En el mismo sentido se pronuncian: *STC 75/1983, de 3 de agosto, (FJ 2); SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ. 6; STC 150/1991, de 4 de julio (FJ 6); STC 135/1992, de 5 de octubre, (FJ 9); STC 308/1994, de 21 de noviembre, (FJ 5); STC 164/1995, de 13 de noviembre, (FJ 7); STC 137/1998, de 29 de junio, (FJ 2); STC 36/1999, de 22 de marzo, (FJ 4); y STC 88/2001, de 2 de abril, (FJ 2).*

*Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2005, de 15 de septiembre, (FJ 6):* Trato sobre los requisitos establecidos para los controles de salud.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre, (FJ 2 y 6):* Lleva a cabo un análisis del art.22 LPRL, estableciendo que los controles sanitarios para proteger al trabajador de sí mismo resulta paternalista. A su vez trata sobre la voluntariedad de la vigilancia los mismos y la prohibición de difusión de los datos de salud por tercero salvo autorización o previsión legal.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2004, de 4 de octubre, (FJ 3):* Hace referencia a la *clausus apertus* de la fórmula establecida por el art.14 C.E.

*Sentencia del Tribunal Constitucional STC 181/2000, de 29 de junio, (FJ 10):* Prohibición de actuación contraria de las leyes al principio de interdicción de la arbitrariedad.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo, (FJ 4):* Acerca de la extensión y el control sobre la información de la vida privada.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de Julio, (FJ 5):* Define el derecho a la intimidad.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1998, de 26 de noviembre de 1998, (FJ 4):* Importancia constitucional Estatuto de los trabajadores.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1993, de 14 de enero, (FJ 3):* Abarca la delimitación de la discriminación por razón del género de la persona.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1992, de 14 de febrero, (FJ 3):* Sobre la indiferencia de que la información privada revelada sea veraz o no.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre, (FJ 5):* Delimitación del concepto de discriminación positiva. En el mismo sentido se pronuncian: *SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; STC 145/1991, de 1 de julio, y STC 28/1992, de 9 de marzo SSTC 76/1990, STC 22/1981, STC 166/1986, 110/1993* (Estas últimas respecto al “Test de proporcionalidad”).

*Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1991, de 17 de octubre, (FJ 2):* En la misma línea que *STC 20/1992 de 14 de febrero* (derecho a la intimidad).

*Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, (FJ 5):* Atribución de valor normativo a las normas contenidas en el ámbito de los colegios profesionales.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, (FJ 8):* Establecimiento de trato discriminatorio con base en la ausencia de justificación objetiva y razonable.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre, (FJ 2):* Delimitación del concepto de prohibición de discriminación.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio, (FJ 3):* Establecimiento del concepto de igualdad ante la ley.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio, (FJ 7):* Lleva a cabo un ejemplo de discriminación positiva haciendo una equiparación en igualdad de género.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984 de 7 de marzo, (FJ 10):* Inclusión del derecho a la libre elección de profesión u oficio entre los supuestos de no discriminación de la cláusula genérica del principio de igualdad del art.14 C.E.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983 de 3 de agosto, (FJ 2 y 3):* Establecimiento del art.14 C.E como fundamento necesario que garantice la igualdad ante la ley, evitando comportamientos arbitrarios por parte de la Administración; pudiendo darse un trato diferenciado únicamente ante situaciones diferenciadas.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982 de 21 de diciembre, (FJ 3):* Resalta importancia del estado social de derecho.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982 de 5 de mayo, (FJ 5):* Delimitación del concepto de igualdad material y formal.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1982 de 28 de abril, (FJ 4):* Argumentación de la importancia de la constitución como norma suprema ordenamiento jurídico.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982. de 23 de abril, (FJ 8):* En idéntico sentido que la anterior.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3):* Establecimiento de la prohibición de trato desigual ante situaciones iguales.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio (FJ 8):* Trata sobre el doble aspecto individual y colectivo del derecho al trabajo.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2002, 2 de julio (FJ 3); y STC 5/2007, de 15 de enero (FJ 2):* Hace referencia a la diferencia existente entre la discriminación y el trato diferenciado.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero (FJ 1):* Trata sobre el carácter imperativo de la Constitución. En el mismo sentido: *STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8; STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; STC 77/1982, de 20 de diciembre, FJ 1 y 2; STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1.; STC 7/1983, de 14 de febrero, FJ 3 Y STC 15/1983.*

*Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero (FJ 1):* Hace referencia a la importancia de los principios generales del derecho.

*Sentencia del Tribunal Supremo 3046/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 de noviembre (recurso 178/2014):* Establecimiento de la vigilancia de la salud en aquellos casos en los que exista un peligro real y objetivable.

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7ª), de 23 septiembre de 2002, (recurso 2738/1998):* Trata sobre la importancia del Principio de Igualdad en el acceso a la función pública.

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de marzo de 1991, (recurso 245/1987):* Delimitación del concepto de *lex artis ad hoc*.

*Sentencia de la Audiencia Nacional 2004/707 (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª), de 16 de agosto de 2004:* Establece el deber de justificar si tener VIH limita o dificulta para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 301/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), (recurso 260/2009):* Trata sobre la prohibición de trato diferenciado de situaciones idénticas siempre que no exista una causa justa y razonable.